Die Eigentümergrunddienstbarkeit.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Günther Venediger

aus Berlin-Spandau

Approbiert am 17. Dezember 1935.

Buchdruckerei Rudolph Pfau, Berlin NW 7, Luisenstraße 21

1936

1936/64

Referent:
Univ.-Professor Geh. Justizrat Dr. iur. et phil. Bernhard Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533919_0099

Inhaltsübersicht.

Einführung

1. Die Sachenrechtsordnung des BGB 1
2. Die Grunddienstbarkeit im BGB 1
   a) ein beschränktes dingliches Recht 1
   b) ein subjektiv dingliches Recht 2
3. Die Eigentümergrunddienstbarkeit 2
   a) ihre Begriffsbestimmungen 2
   b) ihre Entstehungsmöglichkeiten 3
4. Das Problem der Eigentümergrunddienstbarkeit 4

Erster Teil: Die Eigentümergrunddienstbarkeit nach römischem und altem deutschen Recht

I. Nach römischem Recht 7
   1. Die richtunggebende Stelungnahme der Digesten 7
   2. Die Möglichkeit von Abweichungen 8
      a) bei nur vorübergehender Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück 8
      b) bei Kennzeichnung der Servitut durch eine Anlage 9
      c) beim beneficium inventarii und Fideikommiß 9
      d) bei einer mit einem Pfandrecht belasteten Servitut 10
      e) in dem Fall D. VIII, 3, 31 10
      f) bei Miteigentumsverhältnissen am herrschenden und dienenden Grundstück 11
      g) bei unmittelbarer Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten 12
   3. Zusammenfassung des in den Digesten erkennbaren Standpunktes 13
   4. Der Satz: nulli res sua servit und die Abweichungen davon als Ausdruck eines Nützlichkeitsprinzips 13
   5. Die Eigentümergrunddienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht an eigener Sache 14
      a) Eigentum und beschränkte Sachenrechte 15
      b) Beschränkte dingliche Rechte an eigener Sache 15
   6. Der Satz: nulli res sua servit als notwendige Rechtsnorm 16
   7. Ergebnis: Grundsätzliche Unmöglichkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit 17

II. Nach altem deutschen Recht 17
   1. Schwierigkeiten der Betrachtung 17
   2. Vorkommen von Grunddienstbarkeiten 17

3. Die Eigentümergrunddienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht an eigener Sache 18
a) Eigentum und beschränkte Sachenrechte 18
b) Beschränkte dingliche Rechte an eigener Sache 19
4. Ergebnis: Die Eigentümergrunddienstbarkeit eine grundsätzlich mögliche Rechtserscheinung 19

Zweiter Teil: Die Eigentümergrunddienstbarkeit in neueren Rechtsordnungen
1. Im gemeinen Recht 20
a) Konfusionsfälle 20
b) Fälle unmittelbarer Bestellung 21
2. Im Preußischen Allgemeinen Landrecht 22
3. Im österreichischen Recht 23
4. Im Code civil 24
5. In zwei Hypothekenordnungen 24
6. Im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch 25

Dritter Teil: Die Eigentümergrunddienstbarkeit im BGB
I. Das BGB zu den Entstehungsmöglichkeiten der Eigentümergrunddienstbarkeit: 26
1. durch Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück 26
2. durch unmittelbare Bestellung 26
II. Das Verkehrsbedürfnis nach Zulassung der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten 27
A. Bei Siedlungsunternehmen 27
1. Die Art des Bedürfnisses 27
Die Aushilfsmittel: 28
a) Oeffentlich-rechtliche Bauordnung 28
b) Obligatorische Verpflichtung 28
c) Die Bestellung von Fremdgrunddienstbarkeiten 28
3. Die Nützlichkeit von Eigentümergrunddienstbarkeiten 30
B. In weiteren Fällen 30
III. Weitere Gesichtspunkte für die Zulassung der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten: 32
1. Die geschichtliche Entwicklung 32
2. § 1009 BGB 32
IV. Die Zulässigkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit innerhalb der Sachenrechtsordnung des BGB 33
1. Zulässigkeit beschränkter dinglicher Rechte an eigener Sache § 889 BGB 34
a) Fortbestand der Rechte bei Konfusion keine Fiktion 34
b) Kein Ruhen der Rechte bei Konfusion 34
c) Wirksamkeit der beschränkten dinglichen Rechte an eigener Sache 35
2. Keine Bedenken aus dem Begriff der Grunddienstbarkeit 35

V. Die einzige Schwierigkeit: § 873 Abs. 1 BGB 36
VI. Lehre und Rechtsprechung zur Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten nach dem Recht des BGB 37
1. Die Lehre 37
a) Ablehnung in der herrschenden Meinung 37
b) Zustimmung einzelner 37
2. Die Rechtsprechung 38
3. Der neueste Standpunkt des Reichsgerichts 39
VII. Begründung für die Zulässigkeit unmittelbarer Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten nach dem Recht des BGB 40
A. Die Frage 40
B. Die Möglichkeiten der Begründung: 40
1. Der Weg über § 873 Abs. 1 BGB 41
a) Das Erfordernis der Einigung 41
b) Anwendbarkeit des § 873 trotz Unmöglichkeit der Einigung 42
c) Die Möglichkeit von Ausnahmen von dem Erfordernis der Einigung 43
d) Ausreichen einseitiger Belastungserklärung bei der Eigentümergrunddienstbarkeit 44
2. Analogie zu § 1196 BGB 45
C. Ergebnis: Zulässigkeit der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten 46
VIII. Der Inhalt der Eigentümergrunddienstbarkeit als eines beschränkten dinglichen Rechts an eigener Sache nach dem Recht des BGB 46
1. Die Fragestellung 46
2. Eigentum und beschränktes dingliches Recht an eigener Sache 46
a) Die funktionelle Bestimmung des Eigentums 46
b) Die quantitave und qualitative Bestimmung 47
3. Die Eigentumsauffassung des BGB 47
4. Die Eigentümergrunddienstbarkeit als dingliches Recht eigener Art 48
Schlußbemerkungen: Gesetz und Recht 50

Schrifttum.

Bekker: Allerlei von den dinglichen Rechten, insbesondere von den Rechten an eigener Sache, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 2. Band, 1880.

Biermann: Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.

Cohen: in Deutsche Juristenzeitung 1906, 23.

Cosack u. Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Abt. Sachenrecht, 7./8. Aufl., 1924.

Crome: Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Aufl. 1922.

— System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Band; Rechte an Sachen und Rechten, 1905.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht, 3. Band, das Sachenrecht, 4. Aufl. 1908.

— System des Römischen Rechts, 8. Aufl. der Pandekten, bearb. von P. Sokolowski, 1911 — 1912.

Elvers: Die Römische Servitutenlehre, 1856.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Abt.: Sachenrecht, 8. Aufl., 1905.

Exner: Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach Römischem Recht, 1873.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht, 3. Band, 1896.

Frank: Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935.

Fuchs: Kommentar zu den Grundbuchrechtlichen Normen des BGB und zur Grundbuchordnung, 1902/1913.

Gierke: Deutsches Privatrecht, 2. Band: Sachenrecht, 1905.

v. Gierke: Julius, Sachenrecht, 2. Aufl. 1928, in: Kohlrausch-Kaskel, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft.

Goldmann u. Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Band, Sachenrecht, 1912.

Gruchots: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 52, 472.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl., 1929.

Hanseatische Gerichtszeitung 1901, Beiblatt S. 221 — 225.

Hartmann: Rechte an eigener Sache, in Jher. J. 17, 69.

Heck: Grundriß des Sachenrechts, 1930.

Hedemann: im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 31, S. 407 f.

Heußler: Institutionen des Deutschen Privatrechts, 1885/6.

Hoche: Die Servitutenkonfusion, Erl. Diss. 1895.
Huber: Die Eigentümerdienstbarkeit, 1902.
Hübner: Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl. 1930.
Jacubezky: Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich, 1892.
Jaeckel—Güthe: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 6. Aufl., 1929.
v. Jhering in seinen Jahrbüchern, Band 10, S. 387.
Jörs: Römisches Recht, 1927, in: Kohlrausch-Kaskel, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften II, III.
Junker: Die Eigentümerdienstbarkeit, 1907.
Juristische Wochenschrift 1934, S. 282.
Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte II, 530 f.
KGJ.-Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, begr. von Johow.
Kipp: Das Römische Recht, in: Das Gesamte Deutsche Recht, Herausg.: R. Stammler, 1931.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1919.
— In Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 7. Aufl., 1915, 2. Band, S. 60.
Kübler: Geschichte des Römischen Rechts, 1925.
Merk: Das Eigentum im Wandel der Zeiten, 1934.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Naendrup: Zur Geschichte Deutscher Grunddienstbarkeiten, 1900.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., 1909.
OLG. — Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Herausg.: Mugdan und Falkmann.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 1933.
Predari: Die Grundbuchordnung, 2. Aufl., 1913.
Protokolle der Kommission f. d. 2. Lesung d. Entwurfs zum BGB.
Puntschart: Pfandrechte an eigener Sache, in: Festschrift für Karl von Amira, zu seinem 60. Geburtstage gewidmet von seinen Schülern; 1908.
Regelsberger: In Jher. J. 58, 161 f.
Rehme: Deutsche Rechtsgeschichte, in: Das gesamte deutsche Recht, Herausg.: R. Stammler, 1931.
RGR.-Kommentar, Das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausg. von Reichsgerichtsräten, 1934.
RGZ.-Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rosenberg: Sachenrecht, 1. Halbband, 1919.
Schmidt-Rimpler: Die Eigentümerdienstbarkeit, 1911.
Schubert: in DNotZ. 1913, S. 587.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., bearb. von Mitteis, 1923.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 1926.

Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts, bearb. von Lehmann, 1900.
Strohal: Die Eintragungstheorie, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 4. Bd.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, 1910.
Turnau-Förster: Die Grundbuchordnung, 1901.
van Vleuten: Die Grunddienstbarkeiten nach altwestnordischem Rechte, 1902.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., bearb. von Kipp, 1906.
Wolff: Sachenrecht, 9. Bearbeitung 1932, in Enneccerus, Kipp, Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Wrobbel, Die Eigentümergrunddienstbarkeit, Gött. Diss. 1934.

Einführung:

1. Die Sachenrechtsordnung des BGB.

Die Sachenrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (BGB), vom Besitz abgesehen, lassen sich unter dem Gesichtspunkt des Umfanges der Herrschaftsmacht, die sie dem Berechtigten an einer Sache gewähren, einteilen in das Eigentum einerseits und die beschränkten dinglichen Rechte andererseits. Der Eigentümer kann mit der Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen (§ 903 BGB). Ihm steht also zu, eine Sache in jeder möglichen Beziehung zu beherrschen. Der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts dagegen hat lediglich die Macht, an einer Sache entsprechend den verschiedenen einschlägigen Vorschriften des BGB eine einzelne bestimmte Herrschaftsbefugnis auszuüben, z. B. sich aus der Sache wegen einer Forderung zu befriedigen. Das Eigentum gewährt somit die volle, das beschränkte dingliche Recht eine teilweise Sachherrschaft.

2. Die Grunddienstbarkeit im BGB:

a) ein beschränktes dingliches Recht.

Zu den beschränkten Sachenrechten, die im BGB ihre Regelung gefunden haben, gehören u. a. die Dienstbarkeiten (§§ 1018 ff. BGB). Diese verleihen die Befugnis, von einer Sache unmittelbar, aber in verschiedener Hinsicht, wie sachlich und zeitlich, beschränkt, einen Nutzen zu ziehen.[1] Das BGB kennt drei Arten von Dienstbarkeiten: die Grunddienstbarkeit, den Nießbrauch und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Den Inhalt der Grunddienstbarkeit, auf die es in den nachstehenden Ausführungen ankommt, bestimmt es folgendermaßen:

„Ein Grundstück kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, daß dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf, oder

1. Vgl. Gierke, Sachenrecht § 143 I; M. Wolff, Sachenrecht § 105 I.

daß auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, oder daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt." (§ 1018 BGB.)

b) Ein subjektiv dingliches Recht.

Diese Vorschrift kennzeichnet die Grunddienstbarkeit als ein beschränktes dingliches Recht, das ausschließlich zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks begründet wird. Wenn also eine der in § 1018 BGB festgelegten Nutzungsbefugnisse zum Gegenstand einer Grunddienstbarkeit gemacht wird, steht sie dem Berechtigten nicht als einer beliebigen natürlichen oder juristischen Person, sondern in seiner Eigenschaft als Eigentümer eines bestimmten Grundstücks zu. In diesem Sinne bezeichnet man die Grunddienstbarkeit als subjektiv dingliches Recht. Zugleich zeigt sich hierin ihre besondere Bedeutung, die dahin geht, wirtschaftliche Möglichkeiten eines Grundstücks, die geeignet sind, den Wert eines anderen zu erhöhen, diesem nutzbar zu machen und so in erster Linie dessen Vorteil und erst mittelbar den des berechtigten Eigentümers zu fördern. Das bedeutet freilich nicht, daß Berechtigter nun überhaupt nicht eine Person, sondern das Grundstück selbst wäre.[2] Träger des Rechts ist vielmehr der Eigentümer. Die Eigenart der Grunddienstbarkeit als eines subjektiv dinglichen Rechts äußert sich aber darin, daß bei ihr stets zwei Grundstücke in Erscheinung treten, eins, auf dem das Recht als Belastung ruht, und noch ein weiteres, dessen jeweiliger Eigentümer der Inhaber des Rechtes ist. Demzufolge spricht man auch von einem dienenden und einem herrschenden Grundstück.

3. Die Eigentümergrunddienstbarkeit:

a) ihre Begriffsbestimmung.

An zwei Grundstücken, die bei einem Rechtsverhältnis in Erscheinung treten, kann man sich, wenn man die Natur dieses Rechtsverhältnisses zunächst unberücksichtigt läßt, verschiedene Möglichkeiten der bestehenden Eigentumslage vorstellen. Insbesondere

2. Eine solche Annahme würde schon dem Wortlaut des § 1018 BGB widersprechen. Vgl. auch M. Wolff, Sachenrecht § 106 I.

sind zwei Fälle denkbar: Jedes Grundstück kann für sich einem anderen oder beide zusammen können einem einzigen Eigentümer gehören. Legt man diese Möglichkeiten zugrunde und nimmt an, daß an dem einen Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers des anderen eine Grunddienstbarkeit bestellt ist, so zeigt sich, daß diese im ersten Fall dem Eigentümer des herrschenden an einem ihm nicht gehörigen, im zweiten dagegen an einem ihm gehörigen Grundstücke zusteht. Sie tritt also einmal als beschränktes dingliches Recht an fremder, das andere Mal als solches an eigener Sache auf. In diesem Sinne kann man den ersten Fall als „Fremdgrunddienstbarkeit" bezeichnen, während man im zweiten von einer „Eigentümergrunddienstbarkeit" spricht. Es ergibt sich also: Die Eigentümergrunddienstbarkeit ist diejenige Erscheinungsform der Grunddienstbarkeit, bei der herrschendes und dienendes Grundstück einem einzigen Eigentümer gehören.

b) Ihre Entstehungsmöglichkeiten.

Wenn zwei Grundstücke, die in einem Rechtsverhältnis auftreten, zusammen einem Eigentümer gehören, so ist die Entstehung dieser Rechtslage wiederum in doppelter Weise denkbar: Erstens kann das Eigentum an beiden Grundstücken von vornherein ein einheitliches gewesen sein und zweitens kann es sich erst später nach ursprünglich verschiedener Inhaberschaft in einer Person vereinigt haben. Nimmt man danach an, daß an dem einen der beiden Grundstücke zugunsten des jeweiligen Eigentümers des anderen eine Grunddienstbarkeit bestellt worden ist, und zwar zunächst zu einer Zeit, wo das Eigentum bereits ein einheitliches war, so wäre diese unmittelbar als Recht an eigener Sache, also als Eigentümergrunddienstbarkeit, entstanden. Würde sie dagegen begründet worden sein, als beide Grundstücke noch verschiedenen Eigentümern gehörten, so wäre sie in diesem Fall allerdings als Recht an fremder Sache, also als Fremdgrunddienstbarkeit, in Erscheinung getreten, könnte aber jetzt, wo beide Grundstücke einem einzigen Eigentümer zustehen, bei Annahme ihres Fortbestandes gleichfalls nur eine Eigentümergrunddienstbarkeit sein. Sie müßte sich also aus der ursprünglich vorhandenen Fremdgrunddienstbarkeit in eine Eigentümergrunddienstbarkeit verwandelt haben, als das Eigentum an den Grundstücken ein einheitliches wurde. Damit ergibt sich, daß Eigentümergrunddienstbarkeiten auf zweifache Art und Weise entstehen können: erstens im Wege unmittelbarer Bestellung durch

den Eigentümer zweier Grundstücke und zweitens durch nachträgliche Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück einer bereits bestehenden Fremdgrunddienstbarkeit.

4. Das Problem der Eigentümergrunddienstbarkeit.

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, bereitet die Erkenntnis dessen, was eine Eigentümergrunddienstbarkeit ist und wie sie zur Entstehung kommt, keine Schwierigkeiten. Auch kann die Richtigkeit der bisher gewonnenen Ergebnisse nicht in Frage stehen. Denn indem sich sowohl die gegebene Begriffsbestimmung als auch die angeführten Entstehungsmöglichkeiten der Eigentümergrunddienstbarkeit allein aus verschiedenen Gestaltungen der Eigentumslage an dem bei jeder Grunddienstbarkeit beteiligten herrschenden und dienenden Grundstück herleiten lassen, erscheinen sie lediglich als Darstellungen und Bezeichnungen von äußeren Veränderungen des für die Grunddienstbarkeit überhaupt wesentlichen Tatbestandes. Insoweit besteht also zu Zweifeln kein Anlaß. Demnach muß das Problem der Eigentümergrunddienstbarkeit, das sie einer näheren Betrachtung wert sein läßt, in anderer Richtung zu suchen sein.

Wie anfangs gesagt wurde, scheiden sich die Sachenrechte des BGB, und zwar allein nach dem Umfang an Herrschaftsmacht, den sie verleihen, in das Eigentum einerseits und die beschränkten dinglichen Rechte andererseits. Das Eigentum gewährt jede mögliche, das beschränkte dingliche Recht eine einzelne Sachherrschaftsbefugnis. Im Hinblick auf diese Rechtslage läßt sich jetzt die Frage stellen, ob es möglich ist, daß einem die beiden Arten von Sachenrechten, die es gibt, zusammen an einer und derselben Sache zustehen. Kann man also Eigentümer einer Sache sein und außerdem noch an dieser eigenen Sache ein beschränktes dingliches Recht haben? Das erscheint auf den ersten Blick zweifelhaft. Denn was soll es bedeuten, daß einem an einer Sache, die man als Eigentümer bereits in jeder Beziehung beherrschen kann, vermöge eines beschränkten dinglichen Rechts noch eine einzelne Herrschaftsbefugnis gegeben ist? Dazu kommt ein weiteres Bedenken in folgender Erwägung: Eigentum und beschränkte Sachenrechte sind bisher nur mit Bezug auf ihren Umfang unterschieden worden. Es bleibt zu erwägen, ob nicht auch eine Verschiedenheit nach ihrem inneren Wesen besteht. Dann kann sich auch hieraus ein Hindernis für das Zusammentreffen beider an derselben Sache ergeben. Alles dies zeigt,

daß innerhalb der bestehenden Sachenrechtsordnung die Möglichkeit eines beschränkten dinglichen Rechts an eigener Sache auf Bedenken stößt. Wenn das aber der Fall ist, muß ebenso auch die Erscheinung der Eigentumsgrunddienstbarkeit in Frage stehen. Denn sie ist, wie weiter oben ausgeführt wurde, ein beschränktes dingliches Recht an eigener Sache.

Daraus folgt: In dieser ihrer Eigenschaft, ein beschränktes dingliches Recht an eigener Sache zu sein, liegt das Kernproblem der Eigentümergrunddienstbarkeit. Es führt zu der Frage, ob die Eigentümergrunddienstbarkeit, wenn auch Begriff und Art der Entstehung bei ihr nicht zweifelhaft sind, innerhalb der geltenden Rechtsordnung tatsächlich vorkommen kann.

Die Antwort allein auf diese Frage ist in den nachfolgenden Ausführungen zunächst an Hand der gegebenen Gesetzesbestimmungen zu suchen. Darüber hinaus aber wird es erforderlich sein, das soeben festgestellte Problem selbst, die Eigentümergrunddienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht an eigener Sache, zu erörtern und dabei auf das innere Wesen der beiden in der Rechtsordnung vorkommenden Arten von Sachenrechten, auf den Begriff des Eigentums und des beschränkten dinglichen Rechts und ihre Beziehung zueinander einzugehen. Denn wenn das Gesetz die Frage nach der Möglichkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit nicht klar beantwortet, wird man versuchen müssen, eine Entscheidung hierüber aus den Grundprinzipien der Sachenrechtsordnung abzuleiten. Gibt das Gesetz aber eine deutliche Antwort und bejaht es die Zulässigkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit, so wird man sich auch in diesem Fall nicht mit einer solchen Feststellung begnügen dürfen. Vielmehr wird es dann darauf ankommen, die vom Gesetz getroffene Entscheidung aus der bestehenden Sachenrechtsordnung heraus zu erklären und die Eigentümergrunddienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht an eigener Sache in das gegebene System der dinglichen Rechte einzuordnen. Erst damit wird ihr Bild im Rahmen der geltenden Rechtsordnung ein vollständiges werden.

Das Problem der Eigentümergrunddienstbarkeit beschränkt sich jedoch nicht allein auf das BGB. Es wird vielmehr überall da vorkommen, wo sich Eigentum und beschränkte dingliche Rechte als die zwei Arten der vorhandenen Sachenrechte gegenüberstehen. Infolgedessen ist Veranlassung gegeben, es insbesondere auch in den beiden Rechtsordnungen aufzusuchen, auf denen das gegenwär-

tige Bürgerliche Recht beruht: im römischen und im alten deutschen Recht.

So gilt es denn, die Eigentümergrunddienstbarkeit nicht als Gegenstand einer abgelegenen Einzelfrage, sondern unter dem Gesichtspunkt eines beschränkten dinglichen Rechts an eigener Sache als Problem von weiterer Bedeutung zu sehen, wertvoll in geschichtlicher wie in gegenwärtiger Betrachtung. Das weist den nachstehenden Ausführungen den Weg.

Erster Teil.

Die Eigentümergrunddienstbarkeit nach römischem und altem deutschen Recht.

I. Nach römischem Recht.

Auch das römische Recht unterschied zwischen dem Eigentum und den beschränkten dinglichen Rechten. Zu diesen zählte es insbesondere die „servitus", die Grunddienstbarkeit, die sogar als das älteste beschränkte Sachenrecht anzusprechen ist, das die Römer kannten.[1] Unter diesen Umständen ist den alten Juristen im Laufe der Entwicklung auch die Erscheinung und das Problem der Eigentümergrunddienstbarkeit nicht verborgen geblieben. Sie haben dieses Recht wiederholt behandelt, so daß es in den Pandekten verschiedentlich Erwägung gefunden hat.

1. Die richtunggebende Stellungnahme der Digesten.

Besondere Hervorhebung verdient zunächst der oft angeführte Satz der Digesten:

nulli enim res sua servit.[2]

Derselbe Gedanke, daß niemandem eine eigne Sache dienstbar sein kann, ist noch einmal wie folgt ausgesprochen:

nec enim potest ei suus fundus servire.[3]

Damit sind zwei Pandektenstellen aufgezeigt, die die Eigentümergrunddienstbarkeit für das römische Recht schlechthin ablehnen.

Wenn man danach weiter fragt, ob in den Digesten auch die beiden Möglichkeiten für die Entstehung von Eigentümergrunddienstbarkeiten im einzelnen behandelt sind, so wird man finden, daß der Fall der unmittelbaren Bestellung eines solchen Rechts nicht er-

1. Vgl. Kübler a. a. O. § 7; Sohm, Institutionen, § 57, letzter Absatz.
2. D. VIII, 2, 26.
3. D. VII, 6, 5.

wähnt ist. Dessen Unmöglichkeit folgt aber aus den oben angeführten beiden Sätzen der Digesten.[4] Dagegen ist der Fall der nachträglichen Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück (Konfusion) ausdrücklich behandelt und dahin entschieden, daß hier die ursprünglich bestehende Fremdgrunddienstbarkeit untergeht. Hierüber heißt es:

> servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit.[5]

Danach kommt also auch in diesem Fall eine Eigentümergrunddienstbarkeit nicht zur Entstehung.

2. Die Möglichkeit von Abweichungen.

Die Rechtslehre hat sich jedoch bei Behandlung der römischen Servituten mit der Frage beschäftigt, inwieweit mit Rücksicht auf verschiedene Digestenstellen oder auf Grund allgemeiner Erwägungen die zunächst erkennbare Regel von der Unmöglichkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit, insbesondere der Unmöglichkeit ihrer Entstehung im Falle der Konfusion, Ausnahmen erfahren hat. Die hierzu getroffenen Feststellungen dürfen nicht unbeachtet bleiben.

a) Bei nur vorübergehnder Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück.

Es gibt Fälle, in denen sich bei Vorhandensein einer Fremdgrunddienstbarkeit das Eigentum am herrschenden und dienenden Grundstück nur vorübergehend vereinigt, um sich alsbald wieder zu trennen. Als Beispiel hierfür sei auf den Vorgang hingewiesen, daß ein Nachlaßgrundstück, an dem der alleinige Erbe eine Grunddienstbarkeit hat, einem anderen als Vermächtnis ausgesetzt ist und nach erfolgtem Erbschaftsantritt von dem Erben an den Legatar herausgegeben wird.[6] In solchen Fällen soll nach römischem Recht die Servitut nach wieder erfolgter Trennung des Ei-

---

4. Die Bestellung einer Grunddienstbarkeit in dem Fall, wo der Eigentümer des herrschenden Grundstücks an dem dienenden Miteigentum hat oder umgekehrt, wird weiter unten erörtert.

5. D. VIII, 6, 1; vgl. ferner D. VIII, 2, 30; Inst. II, 4, § 3.

6. D. XXX, 116 § 4; VIII, 1, 18; siehe im übriegen die bei Elvers a. a. O. S. 125 aufgezählten Fälle zu 1. — 5. mit Ausnahme von 2., wo in Wahrheit eine Konfusion gar nicht eingetreten ist (vgl. Hoche a. a. O. S. 15); vgl. auch D. XVIII, 4, 2 § 19; VIII, 4, 9; VIII, 2, 30.

gentums am herrschenden und dienenden Grundstück aufs neue in ihrer ursprünglichen Form in Erscheinung treten. Dabei entsteht dann die Frage, ob das Recht während der allerdings nur vorübergehenden Vereinigung des Eigentums wirklich bestehen geblieben war oder ob es tatsächlich untergegangen ist und jetzt nur neu begründet werden muß. Die Quellen entscheiden sich offensichtlich für das letztere. Denn sie sprechen in den angeführten Stellen von „iterum imponi' oder „restitui in pristinum statum". Während der Dauer der Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück war das Recht also untergegangen.[7] Damit ist hier eine Ausnahme von der Regel, daß Servituten bei Konfusion erlöschen, nicht gegeben.

b) Bei Kennzeichnung der Servitut durch eine Anlage.

Weiter hat man gefragt, ob eine Servitut im Falle der Konfusion fortdauert, die durch eine besondere Anlage auf einem der beteiligten Grundstücke gekennzeichnet ist. Ueber diesen Fall äußern sich die Quellen nicht ausdrücklich. In der Rechtslehre ist bestritten, ob hier eine Abweichung von der Regel anzunehmen ist oder nicht. Zutreffend dürfte sein, auch in diesem Fall dahin zu entscheiden, daß die Servitut zunächst untergegangen ist und dann bei Trennung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück vermöge der besonderen Gestaltung vorhandener baulicher Anlagen aufs neue in Erscheinung tritt.[8] Jedenfalls ist nicht sicher, ob hier eine Abweichung von der Regel, daß Servituten bei Konfusion erlöschen, vorliegt.

c) Beim beneficium inventarii und Fideikommiß.

Ausnahmen von der rechtsvernichtenden Konfusionswirkung nimmt die Rechtslehre dagegen beim Beneficium inventarii und beim Fideikommiß an. Bezüglich des letzteren ist in den Pandekten ausdrücklich anerkannt, daß Dienstbarkeiten, die zugunsten eines Nachlaßgrundstückes an Liegenschaften des Fiduziars bestehen oder umgekehrt, bei Herausgabe der Fideikommißmasse nicht neu bestellt zu werden brauchen.[9] Beim beneficium inventarii folgert man aus der Stellung, die hierdurch der Erbe erlangt, insbesondere aus

7. Vgl. Hoche a. a. O. § 4; auch Jhering in Jher. J. 10 S. 431, Anm. 73 erkennt diese Entscheidung für das römische Recht an.
8. Vgl. hierzu Hoche a. a. O. § 6.
9. D. XXXVI, 1, 73 § 1.

der sich nach Quellen ergebenden Tatsache, daß er sich wegen seiner eigenen Forderungen gegen den Erblasser befriedigen kann,[10] daß auch dingliche Rechte, wie etwa Dienstbarkeiten, die sonst infolge von Konfusion untergegangen wären, in diesem Fall erhalten bleiben.[11]

d) Bei einer mit einem Pfandrecht belasteten Servitut.

Weiter ist in diesem Zusammenhang der Fall erwogen worden, daß an einer Dienstbarkeit ein Pfandrecht bestellt ist.[12] Auch hier entsteht die Frage, ob bei Eintritt von Konfusion die Dienstbarkeit erlischt und damit auch für den Pfandgläubiger verlorengeht. In den Quellen findet sich keine Entscheidung. Die Rechtslehre ist verschiedener Ansicht. Einige meinen, die Konfusionswirkung trete ein, das Pfandrecht bestehe aber gleichwohl fort, da es nicht das beschränkte dingliche Recht, an dem es bestellt ist, sondern die mit diesem belastete Sache unmittelbar ergreife.[13] Andere dagegen stehen auf dem Standpunkt, daß die Servitut hier trotz der eingetretenen Konfusion, vielleicht auch nur zugunsten des Pfandgläubigers, forbestehe und auf diese Weise das Pfandrecht erhalten bliebe.[14] Es kommt hier nicht darauf an, zu diesen verschiedenen Ansichten Stellung zu nehmen. Es genügt, aufgezeigt zu haben, daß in diesem Fall der Satz, Servituten gingen durch Konfusion unter, möglicherweise eine weitere Durchbrechung erfahren hat.

e) In dem Fall D. VIII, 3, 31.

Eine weitere Ausnahme dieser Art zeigt der folgende in den Digesten beschriebene Fall:[15] Es waren drei aneinandergrenzende, verschieden hoch gelegene Grundstücke vorhanden, die zunächst drei verschiedenen Eigentümern gehörten. Dem Eigentümer des untersten stand die Befugnis zu, aus dem obersten Wasser zu entnehmen und über das mittlere zu leiten. Der Eigentümer des unter-

---

10. C. VI, 30, 22 § 9.

11. So Windscheid, Pandekten, Bd. 3 § 606 Anm. 14; Hoche a. a. O. § 7.

12. Hier kann allerdings nur ein Pfandrecht an einem Nießbrauch in Betracht kommen: Windscheid, Pand. Bd. 1 § 227, Anm. 4, 5.

13. So Exner a. a. O. S. 90 ff.; Hartmann a. a. O. S. 89—91.

14. Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. 1, § 248 Anm. 11; Hoche a. a. O. S. 44; Jhering in Jher. J. Bd. 10, S. 451.

15. D. VIII, 3, 31.

sten Grundstücks kaufte dann das oberste. Später verkaufte er das unterste. Das oberste und das unterste Grundstück hatten also eine Zeitlang einem Eigentümer gehört. Bei dieser Sachlage wurde gefragt, ob die Wasserservitut infolge der zeitweise unzweifelhaft vorhandenen Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück untergegangen wäre. Der römische Jurist, dem der Fall vorgelegt war, hat die Frage mit der Begründung verneint, die vorliegende Servitut müßte ihrer Natur nach an den sämtlichen in Betracht kommenden Grundstücken als eine einheitliche angesehen werden und infolgedessen wäre die eingetretene Konfusion, da sie lediglich bezüglich des Eigentums an dem untersten und dem obersten Grundstück erfolgt ist, nur eine teilweise und schadete als solche dem Bestande der Dienstbarkeit nicht. Auch diese Entscheidung bedeutet offensichtlich eine Abweichung von der Regel, daß Servituten bei Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück untergehen.[16]

f) Bei Miteigentumsverhältnissen am herrschenden und dienenden Grundstück.

Im Anschluß hieran sind diejenigen Tatbestände zu erörtern, in denen man gleichfalls von teilweiser Konfusion bei einer Grunddienstbarkeit sprechen kann. Es sind die Fälle, wo am herrschenden und dienenden Grunstück Miteigentumsverhältnisse vorliegen, sei es, daß der Eigentümer des einen Miteigentümer des anderen ist oder daß beide zwei Eigentümern gemeinschaftlich gehören. Hier läßt das römische Recht eine Grunddienstbarkeit, wenn nach ihrer Bestellung solche Miteigentumsverhältnisse auftreten, fortbestehen,[17] obwohl hier, wenigstens teilweise, Konfusion eingetreten und die Servitut mit Rücksicht auf die Natur des Miteigentums, das nach römischem Recht im Gegensatz zum deutschen Gesamthandsverhältnis dem einzelnen Miteigentümer einen ideellen, aber rechnungsmäßig bestimmten Anteil gewährt,[18] wenigstens teilweise ein Recht

16. Hierzu Hoche a. a. O. § 10; Jhering in Jher. J. Bd. 10, S. 451; ferner D. VIII, 6, 15.

17. D. VIII, 2, 30 § 1; VIII, 2, 27 zweiter Satz; ferner nicht ganz klar, aber jedenfalls für Erhaltung der Servitut sprechend: D. VIII, 1, 8 § 1 (hierzu Hoche a. a. O. § 9); auch D. VIII, 3, 34 pr. und VIII, 3, 20 § 2 (hierzu Elvers a. a. O. S. 130).

18. Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. 1, § 169 a.

an eigener Sache geworden ist.[19] Wenn sie trotzdem in vollem Umfange bestehen bleibt, so bedeutet das eine weitere Ausnahme von der Regel der rechtsvernichtenden Wirkung der Konfusion.[20] Diese abweichende Stellungnahme gibt das römische Recht jedoch bei der Vereinigung des herrschenden und dienenden Grundstücks zu Miteigentum in einem Falle wieder auf, dann nämlich, wenn zwei Personen, die Miteigentümer des herrschenden Grundstücks sind, gleichfalls gemeinschaftlich das dienende erwerben.[21]

g) Bei unmittelbarer Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten.

Nachdem so verschiedene Abweichungen von der Regel des Erlöschens der Servituten bei Konfusion aufgezeigt sind, bleibt festzustellen, daß das römische Recht von dem Grundsatz, wonach die unmittelbare Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit unmöglich ist, kaum eine Ausnahme kennt. Nur im Superficiarrecht ist anerkannt, daß an einem Grundstück, welches zu Erbbaurecht ausgegeben ist, zugunsten eines anderen Grundstücks desselben Eigentümers eine Servitut bestehen kann.[22] Im übrigen liegt im Anschluß an die soeben erörterten Tatbestände, bei denen Miteigentumsverhältnisse am herrschenden und dienenden Grundstück auftreten, die Frage nahe, ob hier nicht ebenso, wie die Wirkungen der Konfusion ausgeschlossen sind, auch die unmittelbare Begründung einer Dienstbarkeit zulässig sein könnte, etwa so, daß derjenige, dem ein Grundstück ganz und ein anderes nur teilweise gehört, an diesem zugunsten des ersten eine Servitut bestellte. Das geht jedoch nach römischem Recht nicht. Die Juristen haben es ausdrücklich für unzulässig erklärt.[23] Schließlich ist noch auf Dienstbarkeiten des römischen Rechts hinzuweisen, die insofern eigenartige Gebilde sind, als sie dem Berechtigten nicht irgendeine Benutzung eines belasteten Grundstücks ermöglichen, sondern ihm an eigenem Grund

---

19. Eine Eigentümergrunddienstbarkeit im Sinne der weiter oben in der Einführung gegebenen Begriffsbestimmung liegt allerdings nicht vor. Es handelt sich nur um einen ähnlichen Fall.

20. Junker a. a. O. S. 11.

21. D. VIII, 3, 27 erster Satz.

22. D. XLIII, 18, 1 § 9; vgl. auch Huber a. a. O. S. 67.

23. D. VIII, 4, 6 § 3; vgl. Hartmann a. a. O. S. 92 f. und Elvers a. a. O. S. 128, die zutreffend darauf hinweisen, daß einer derartigen Servitutenbestellung nach römischem Recht auch formale Bedenken entgegenstehen würden.

und Boden bestimmte Befugnisse gewähren, und zwar solche, die ihm sonst nicht zustehen würden, z. B. über eine bestimmte Höhe hinaus zu bauen.[24] Auch in diesen Fällen liegen, was hervorgehoben werden muß, niemals Eigentümergrunddienstbarkeiten vor, selbst wenn es sich hier um wahre Servituten handeln sollte.[25] Die Natur dieser Rechte, insbesondere, ob man sie überhaupt als Dienstbarkeiten ansehen kann, ist indes bestritten.[26] Die Pandekten sprechen von „servitutes".[27]

3 Zusammenfassung des in den Digesten erkennbaren Standpunktes.

Faßt man nach alledem die Stellungnahme des römischen Rechts zur Eigentümergrunddienstbarkeit zusammen, so ergibt sich folgendes: Es ist zunächst mehrfach ausgesprochen, daß man an einer eigenen Sache keine Dienstbarkeit haben kann, und ferner gewissermaßen als besondere Anwendung dieser Regel gesagt, daß Servituten im Falle der Konfusion untergehen. Hiervon finden sich dann jedoch verschiedene Abweichungen. Der Satz von der Unmöglichkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit ist also nicht überall streng durchgeführt.

4. Der Satz: nulli res sua servit und die Abweichungen davon als Ausdruck eines Nützlichkeitsprinzips.

Diese Schlußfolgerung hat verschiedentlich Veranlassung zu der Annahme gegeben, die Regel: nulli res sua servit sei keine im römischen Sachenrecht notwendig begründete Norm, sondern erkläre sich lediglich aus einer Nützlichkeitserwägung.[28] Man hat angeführt, eine Eigentümergrunddienstbarkeit könne dem Berechtigten keinerlei Vorteil über das hinaus bieten, was ihm schon auf Grund seines Eigentums an dem dienenden Grundstück zustehe. Daher sei es insbesondere auch richtig, daß die Servitut im Falle der Konfusion untergehe. Ausnahmen von der Regel müßten aber dann eintreten, wenn die Eigentümergrunddienstbarkeit imstande sei, einen Vorteil darzubieten, den das Eigentum allein nicht gewähre.

24. z. B. D. VIII, 2, 1 pr.; lex 2 eod.; VIII, 3, 2 pr.

25. Auch Hartmann a. a. O. S. 94 ff. will sie wohl nicht als solche aufgefaßt wissen.

26. Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. 1, § 211 a, Anm. 11; Dernburg, Pandekten, § 207, 4, ferner: Karlowa, röm. Rechtsgeschichte II, 350 f.

27. Vgl. die Stellen zu Anm. 26.

28. Hierzu Elvers a. a. O. S. 125—127, Hartmann a. a. O. S. 92 f., Hoche a. a. O. S. 10

Diese Erwägung auf die oben erörterten Fälle angewandt ergibt folgendes: Sie rechtfertigt in der Tat, daß bei Eintritt von Miteigentumsverhältnissen am herrschenden und dienenden Grundstück die Servitut nicht untergeht. Denn hier ist ihr Forbestand für den Eigentümer insofern von besonderem Nutzen, als er dadurch bei Störungen seiner Rechte nicht allein auf eine Klage aus seiner Stellung als Miteigentümer angewiesen ist, sondern auch jure servituti vorgehen kann.[29] Ebenso wird man bei den übrigen Fällen, in denen die Grunddienstbarkeit trotz Eintritt von Konfusion bestehen bleibt, allerdings bemerken können, daß diese Entscheidung jeweils in einer gewissen Zweckmäßigkeit begründet ist. Beim beneficium inventarii mag für die Erhaltung der Servitut sprechen, daß hier der Erbe dem Nachlaß gegenüber wie jeder andere Gläubiger gestellt werden soll.[30] Beim Fideikommiß mag maßgebend sein, daß hier der Bedachte fast die Stellung eines Erben hat und die Erbschaft in ihrem ursprünglichen Zustande erhalten soll, während die Innehabung durch den Erben eine ihrer Natur nach vorübergehende ist.[31] In dem Fall, wo an der Servitut ein Pfandrecht besteht, wird für ihren Fortbestand auch bei Konfusion sprechen, daß sonst in diese Art der Pfandbestellung ein großes Moment der Unsicherheit getragen würde.[32] Bei der Wassergerechtigkeit schließlich an den drei benachbarten Grundstücken dürfte die Erwägung maßgebend sein, daß hier die Servitut eine tatsächliche Einheit darstellt und daher auch in rechtlicher Hinsicht solange erhalten bleiben soll, als sie noch im ganzen ausgeübt werden kann.[33]

5. *Die Eigentümergrunddienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht an eigener Sache.*

Wenn aber auch in dieser Weise die Regel: nulli res sua servit verschiedentlich aus Gründen anderweitiger höherer Zweckmäßigkeit durchbrochen ist, so darf man sich trotzdem nicht damit begnügen, sie als Ausdruck einer Nützlichkeitserwägung anzusehen. Es bleibt vielmehr zu prüfen, ob es sich nicht doch um einen nach dem System des römischen Sachenrechts notwendigen Rechtssatz han-

29. Elvers a. a. O. S. 129, Hartmann a. a. O. § 606, Anm. 14.
30. Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. 3, § 606, Anm. 14.
31. Windscheid a. a. O. Bd. 3, § 662.
32. Hoche a. a. O. S. 33.
33. Elvers a. a. O. S. 89.

delt. Die dargestellten Abweichungen lassen sich auch so erklären, daß man einen an sich bestehenden Grundsatz in einzelnen Fällen nicht auf die Spitze treiben und nicht der Billigkeit und den Verkehrsbedürfnissen zum Opfer bringen wollte. Die wirklich innere Begründung für den Satz: nulli res sua servit wird man also nur finden, wenn man, wie weiter oben in der Einführung gesagt, auch hier die Eigentümergrunddienstbarkeit als Recht an eigener Sache einer Betrachtung unterzieht und dementsprechend auf das Wesen des Eigentums und des beschränkten Sachenrechts eingeht, wie es sich im römischen Recht darstellt.

a) Eigentum und beschränkte Sachenrechte.

Eine Begriffsbestimmung des Eigentums ist in den Quellen nicht zu finden.[34] Die Rechtswissenschaft hat aber ein Bild desselben gegeben, welches erlaubt, es im folgenden den beschränkten dinglichen Rechten gegenüberzustellen.[35] Danach stellte sich das Eigentum im römischen Recht dar als diejenige Rechtsbeziehung einer Person zu einer Sache, die die Ausübung der höchsten und ausschließlichen Herrschaftsgewalt über eine Sache ermöglichte. Es war ein in seinem Wesen einmaliges und unteilbares Recht.[36] Derjenige, der Eigentümer war, hatte also an seiner Sache alles Recht und alle Macht, die an ihr überhaupt möglich war; ein anderes dingliches Recht daran konnte ihm nicht zustehen.[37] Infolgedessen konnten Sachenrechte, die es außer dem Eigentum noch gab, nur die Bedeutung haben, einem Nichteigentümer die Einwirkung auf eine Sache zu ermöglichen. Das heißt: die beschränkten dinglichen Rechte waren notwendig Rechte an fremder Sache.[38] Insofern bestand zwischen ihnen und dem Eigentum ein innerer Wesensunterschied. Beschränkte dingliche Recht an eigener Sache waren danach grundsätzlich unmöglich.

b) Beschränkte dingliche Rechte an eigener Sache.

Wenn trotzdem solche im römischen Recht gelegentlich vorkamen, indem z. B. in gewissen Fällen Servituten trotz erfolgter

34. Bekker a. a. O. S. 11.

35. Auf eine vollständige Definition des Eigentums kommt es hier nicht an.

36. Zu dieser Auffassung des Eigentums vgl. Jörs, Römisches Recht, § 63, 1; Merk a. a. O. S. 12.

37. Hierzu Jörs a. a. O. § 63, 1 a. E.

38. Zu diesem Ergebnis: Windscheid, Pand., Bd. 1, § 145; Dernburg, Pand., Bd. 1, § 155; Crome, Grundzüge des r. Privatrechts, S. 46.

Konfusion bestehen blieben,[39] so sind darin, wie sich nunmehr aus vorstehendem ergibt, nicht Bestätigungen eines Nützlichkeitsprinzips, sondern Ausnahmeerscheinungen zu erblicken. Daß dies in Wahrheit auch der Auffassung der römischen Juristen entspricht, zeigt zunächst schon die Seltenheit solcher Fälle. Es wird außerdem bestätigt durch einige Einzelheiten, die sich noch aus den weiter oben erörterten Tatbeständen ergeben. So hat sich z. B. der Jurist für den Fortbestand der Wassergerechtigkeit an den drei benachbarten Grundstücken nur mit dem ausdrücklichen Hinweis entschieden, daß gewöhnlich Servituten bei Konfusion untergingen.[40] Ferner ist, was hier nochmals Hervorhebung verdient, der Fortbestand einer Grunddienstbarkeit in dem Fall ausdrücklich abgelehnt worden, wo beim nachträglichen Auftreten von Miteigentumsverhältnissen eine gleichmäßige Verteilung der Miteigentumsanteile am herrschenden und dienenden Grundstück stattfindet, also eine Lage eintritt, die dem Tatbestand einer eigentlichen Eigentümergrunddienstbarkeit gleichkommt.[41]

6. Der Satz: nulli res sua servit als notwendige Rechtsnorm.

Nach alledem kann es nicht richtig sein, den Charakter der Bestimmung: nulli res sua servit als eines notwendigen Rechtssatzes zu leugnen, weder unter Hinweis auf die anders entschiedenen Fälle,[42] da diese eben Ausnahmen sind, noch mit der Darlegung, daß aus dem Begriff der Grunddienstbarkeit die Notwenigkeit ihres Vorkommens nur am fremden Grundstück nicht hervorginge.[43] Denn das läßt ihre Natur als beschränktes dingliches Recht unberücksichtigt. Zutreffend erscheint vielmehr, die Regel: nulli res sua servit als einen sich aus der römischen Sachenrechtsordnung notwendig ergebenden Grundsatz und in diesem Sinne als Fundamentlehre des römischen Servitutenrechts anzusehen.[44] Er gilt aber nicht nur, weil einer Eigentümergrunddienstbarkeit gegenüber dem Eigentum ein nützlicher Inhalt fehlen würde, sondern beruht darauf, daß sich Eigentum und beschränktes dingliches Recht ihrem inneren Wesen

---

39. Vgl. auch das Bestehenbleiben eines Pfandrechts: Kipp in Das ges. dtsch. Recht, S. 236.
40. D. VIII, 3, 31.
41. D. VIII, 3, 27.
42. Hartmann a. a. O. S. 93 ff.
43. Hoche a. a. O. S. 10.
44. Als solche bezeichnet ihn Elvers a. a. O. S. 125.

nach unterscheiden und es daher regelmäßig unmöglich ist, daß man an einer Sache, an der einem das Eigentum zusteht, ein beschränktes dingliches Recht haben kann.

7. Ergebnis: Grundsätzliche Unmöglichkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit.

Alles das ergibt: Nach römischem Recht ist die Eigentümergrunddienstbarkeit grundsätzlich eine unmögliche Erscheinung.

II. Nach altem deutschen Recht.

1. Schwierigkeiten der Betrachtung.

Wenn es im folgenden unternommen wird, die Eigentümergrunddienstbarkeit auch nach altem deutschen Recht[45] zu beurteilen, so kann damit nicht beabsichtigt sein, ihr Vorkommen und ihre Entwicklung in diesem Rechtsbereich im einzelnen darzustellen. Denn das würde eine Aufgabe bedeuten, die über den Rahmen dieser Ausführungen hinausgeht, und im übrigen auf kaum überwindliche Schwierigkeiten stoßen. Diese liegen allgemein schon darin, daß es dem deutschen Recht an einer einheitlichen Zusammenfassung, wie sie das römische im Corpus Juris gefunden hat, und damit auch an einer begrifflichen Durchbildung mangelt. Dazu kommt, daß die einzelnen alten Rechtsüberlieferungen, so zahlreich sie vorhanden sind, weniger rechtsgelehrte Darstellungen enthalten als Bilder vielgestaltigen Lebens im Spiegel hoher volkstümlicher Rechtsauffassung sind.

2. Vorkommen von Grunddienstbarkeiten.

Demgemäß fehlte auch im alten deutschen Recht für die Grunddienstbarkeit ein Gattungsbegriff wie der der römischen Servitut. Gleichwohl waren Grunddienstbarkeiten keineswegs unbekannt. Im Gegenteil kamen vielfach Rechte vor, die auf beschränkte Nutzung eines Grundstücks gerichtet waren, durch Rechtsgeschäft bestellt wurden und subjektiv dinglichen Charakter besaßen,[46] so daß sie

---

45. Hiermit ist, auch im folgenden, das deutsche Recht vor der Aufnahme des römischen gemeint.

46. übereinstimmend: Gierke, Dtsch. Privatrecht Bd. 2, § 143, II; Naendrup a. a. O. S. 82; Rehme in Das ges. dtsch. Recht Bd. 1 S. 413; vgl. auch die Fälle bei van Vleuten a. a. O.

als Grunddienstbarkeiten bezeichnet werden können. Darüber hinaus ist es möglich, daß es auch Eigentümergrunddienstbarkeiten gab, so z. B., wenn ein Genosse an der gemeinen Mark außer seinen Genossenrechten noch besondere Nutzungsvorrechte hatte.[47]

3. Die Eigentümergrunddienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht an eigener Sache.

Auf Fälle wie die soeben erwähnten näher einzugehen, erübrigt sich. Denn es kommt, wie schon angedeutet, im folgenden nicht darauf an, Einzelheiten über die Eigentümergrunddienstbarkeit im deutschen Recht zu erörtern. Es soll vielmehr versucht werden, zu dem Problem des beschränkten dinglichen Rechts an eigener Sache, wie es allerdings in der Eigentümergrunddienstbarkeit zutage tritt, vom deutschrechtlichen Standpunkt aus einige grundsätzliche Erwägungen beizusteuern.

a) Eigentum und beschränkte Sachenrechte.

Auch das alte deutsche Recht kannte die Unterscheidung zwischen zwei Arten von Sachenrechten, dem Eigentum und den beschränkten dinglichen Rechten. Das Wesen dieser beiden begriff es jedoch anders als das römische Recht. Sein Ausgangspunkt war ein einziges umfassendes Recht an der Sache, eine allgemeine auf Nutzung gerichtete Sachherrschaft, aus der sich gleichermaßen das Eigentum wie die beschränkten Sachenrechte herleiteten, indem sie entweder auf Beherrschung der Sache im ganzen oder auf ihre Beherrschung in einzelner Beziehung angelegt war. Damit fehlte dem deutschen Eigentum das für das römische Recht festgestellte Merkmal der Ausschließlichkeit. Es war nicht die einmalige, abstrakte Herrschaftsbeziehung einer Person zu einer Sache, sondern ein dingliches Recht neben anderen gleichgearteten. Es unterschied sich infolgedessen von den beschränkten dinglichen Rechten nicht seinem Wesen, sondern nur seinem Umfange nach. Das Eigentum war der Inbegriff aller an einer Sache möglichen Herrschaftsbefugnisse, die begrenzten dinglichen Rechte dagegen erschienen, wie man zutreffend sagen kann, als verselbständigte Eigentumssplitter.[48]

---

47. Naendrup a. a. O. S. 54 ff.

48. So ausdrücklich: Gierke, Dtsch. Priv. Recht, Bd. 2, § 120, IV, 7. Zum vorstehenden überhaupt übereinstimmend: Gierke a. a. O. § 120, IV; Hübner, Dtsch. Priv. Recht § 31, I, 2; Merk a. a. O. S. 14; Rehme in D. ges. dtsch. Recht, Bd. 1, S. 404.

b) Beschränkte dingliche Rechte an eigener Sache.

Wenn sich somit die beiden Arten der Sachenrechte als Auswirkungen eines einheitlichen Sachherrschaftsbegriffes darstellen und infolgedessen eine innere Verschiedenheit zwischen ihnen nicht besteht, kann es, anders als im römischen Recht, nicht zum Wesen der beschränkten dinglichen Rechte gehören, daß sie nur an fremder Sache in Erscheinung treten. Aus ihrer Eigenschaft, verselbständigte Eigentumssplitter zu sein, folgt vielmehr, daß sie auch an eigener Sache vorkommen können. Ihre Begründung in dieser Weise würde lediglich bedeuten, daß der Eigentümer eine Herrschaftsbefugnis, die ihm bereits vermöge des Eigentums zusteht, diesem entnimmt und zu seinen Gunsten zum selbständigen dinglichen Recht erhebt.

4. Ergebnis: Die Eigentümergrunddienstbarkeit eine grundsätzlich mögliche Rechtserscheinung.

Nach alledem ergibt sich hier eine dem römischen Standpunkt entgegengesetzte Schlußfolgerung: In einer Sachenrechtsordnung, wie sie im alten deutschen Recht erkennbar ist, kann man die Eigentümergrunddienstbarkeit als grundsätzlich zulässige Rechtserscheinung ansehen.[49]

49. Im Ergebnis gleicher Meinung: Rehme a. a. O. S. 413; Stobbe, Handbuch d. Dtsch. Priv. Rechts, Bd. 2 § 132, 1; Gierke a. a. O. § 143, Anm. 9; Hübner a. a. O.: § 50, II, 3.

Zweiter Teil.

Die Eigentümergrunddienstbarkeit in neueren Rechtsordnungen.

Nachdem so die Eigentümergrunddienstbarkeit nach römischem und deutschem Recht betrachtet worden ist, erscheint es zweckmäßig, vor dem Uebergang auf das BGB. auch noch ihre weitere Entwicklung bis dahin zu verfolgen. Dabei wird zunächst die Stellungnahme des gemeinen Rechts erörtert werden und sich im übrigen die Darstellung der sonst in Betracht kommenden Rechtsordnungen tunlichst an ihre zeitliche Aufeinanderfolge halten. Im einzelnen zu prüfen, ob und inwieweit hier ein Recht das andere beeinflußt hat, liegt jedoch nicht in der Absicht dieser Ausführungen. Es kommt hier nur darauf an zu zeigen, inwieweit in neueren Rechtsordnungen die Eigentümergrunddienstbarkeit Anerkennung gefunden hat.

1. Im gemeinen Recht.

Es war die Bedeutung der Rezeption, daß in deutschen Landen das angestammte heimatliche Recht zurückgedrängt wurde und an seiner Stelle das römische in den Vordergrund trat. So erscheint es selbstverständlich, daß sich die gemeinrechtliche Praxis in der Frage der Eigentümergrunddienstbarkeit im wesentlichen an die römischen Anschauungen hielt.

a) Konfusionsfälle.

Zunächst erkannte sie gleichfalls grundsätzlich die Regel von der rechtsvernichtenden Wirkung der Konfusion an. Es kann daher hierzu im einzelnen auf die weiter oben befindlichen, entsprechenden Darlegungen zum römischen Recht verwiesen werden.[1] Nur ein Fall sei besonders hervorgehoben, den die römischen Juristen

1. Siehe S. 7 ff.; vgl. auch insbes. wegen eines Falles, wo beim Eintritt von teilweiser Konfusion auf Grund von Miteigentumsverhältnissen entsprechend dem römischen Recht entschieden ist: Seuff. A. 22, Nr. 19.

noch nicht kannten und der zeigt, wie mit der Weiterentwicklung des Rechts auch für die Eigentümergrunddienstbarkeit neue Gesichtspunkte in Erscheinung traten. Man fragte sich, ob nach gemeinem Recht eine Grunddienstbarkeit trotz Konfusion fortbestände, wenn sie in ein Grundbuch eingetragen war. Es trat dabei der Gedanke hervor, daß vielleicht der römische Satz: nulli res sua servit angesichts der formalen Kraft einer Grundbucheintragung eine Abwandlung erleiden müßte. Zu einer einheitlichen Entscheidung der Frage ist es nicht gekommen. Für den Fortbestand der Grunddienstbarkeit ist mit Berufung auf die Bedeutung des Grundbuchs vor allem Jhering eingetreten,[2] dem auch das Kammergericht gefolgt ist.[3] Das Reichsgericht hat aber dieser Auffassung mit der Begründung, der Satz: nulli res sua servit stelle eine logische Notwendigkeit dar, widersprochen.[4]

b) Fälle unmittelbarer Bestellung

Weiter ist es im gemeinen Recht bei dem Grundsatz der römischen Juristen geblieben, daß eine Eigentümergrunddienstbarkeit auch nicht durch unmittelbare Bestellung begründet werden kann.[5] Allerdings zeigen sich auch hier Ansätze zu einer Fortentwicklung. So hat das Kammergericht, anknüpfend an die Lehre Jherings vom Nichteintritt der Konfusionswirkung, die unmittelbare Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit mit der Erwägung für möglich gehalten, daß man den Zustand einer ruhenden Servitut, wie er im Falle ihrer Eintragung im Grundbuch bei Konfusion eintreten sollte, auch dann annehmen könnte, wenn der Eigentümer zweier Grundstücke an dem einen zugunsten des anderen eine Dienstbarkeit bestellte.[6] Das Reichsgericht hat jedoch auch dies mit Bestimmtheit abgelehnt und sich darauf berufen, daß die Servitut begrifflich ein Recht an fremder Sache sei.[7] In diesem Zusammenhang ist noch eines anderen, im gemeinen Recht erörterten Falles zu gedenken. Man

---

2. Jher. J. 10 S. 492: auch Stobbe, Handbuch d. Dtsch. Priv. Rechts Bd. 2, § 132, 1; vgl. ferner hierzu Windscheid, Pand., Bd. 1 § 215 Anm. 9.
3. KGJ. 16 S. 105.
4. RGZ. 39 S. 237 ff., 47, S. 205.
5. Auch nicht beim Vorliegen der mehrfach erwähnten Miteigentumsverhältnisse an zwei Grundstücken: SeuffA. 22, Nr. 19 und 216.
6. KGJ. 16, 106; Jhering in Jher. J. 10 S. 492 f.; auch Förster-Eccius Theorie u. Praxis Bd. 3, § 187 Anm. 25.
7. RGZ. 47, 208.

hat gefragt, ob nicht dann, wenn zwei Grundstücke eines Eigentümers nach ihren äußeren Gegebenheiten in einem servitutenartigen Verhältnis stehen, eine Eigentümergrunddienstbarkeit in Erscheinung träte. Auch das hat aber das Reichsgericht verneint und dargelegt, daß hier zunächst nur ein rein tatsächlicher Zustand vorhanden sei, der erst bei Trennung des Eigentums an den beiden Grundstücken in einen rechtlichen übergehen könnte, dann allerdings, ohne daß nunmehr die ausdrückliche Bestellung einer Grunddienstbarkeit erforderlich wäre, da eine stillschweigende Einigung des Veräußerers und Erwerbers anzunehmen sei.[8] Es gibt jedoch auch Fälle, in denen das gemeine Recht, und zwar im Anschluß an ein römisches Vorbild,[9] die Bestellung einer Grunddienstbarkeit an zwei Grundstücken desselben Eigentümers zugelassen hat. Es sind das diejenigen Tatbestände, wo das eine Grundstück oder auch beide mit beschränkten Sachenrechten von so umfassender Wirksamkeit belastet waren, daß das Grundeigentum hinter ihnen wirtschaftlich erheblich zurücktrat, wie z. B. bei Erbpacht und Leiheverhältnissen. Im einzelnen sei hierzu auf zwei Fälle hingewiesen, wobei das mit einem der erwähnten Rechte belastete Grundstück als im Untereigentum stehend bezeichnet wird:[10] Es wurden erstens Grunddienstbarkeiten anerkannt zwischen einem im Untereigentum befindlichen und einem freien Grundstück desselben Eigentümers[11] und zweitens zwischen zwei in Untereigentum stehenden Grundstücken eines Eigentümers, wenn beide an verschiedene Untereigentümer ausgegeben waren.[12] Im übrigen werden solche Fälle bei der großen Entwicklung des deutschen Leiherechts nicht selten gewesen sein. Insoweit wich also das gemeine Recht von der Regel: nulli res sua servit ab.

2. *Im Preußischen Allgemeinen Landrecht.*

Das Preußische Allgemeine Landrecht steht grundsätzlich noch auf dem Standpunkt, daß Grunddienstbarkeiten durch Konfusion erlöschen. Darüber hinaus aber hat es einen Gedanken, zu dessen

8. RGZ. 13, 249; 38, 287.
9. siehe oben S. 12 zu g.
10. Die Begriffe Ober- und Untereigentum sind bestritten; vgl. Heußler, Institutionen § 87.
11. Stobbe, Handbuch d. dtsch. Priv. Rechts, Bd. 2, 2 S. 3.
12. Entscheidung des OAG. zu Berlin in SeuffA. 24, Nr. 216.

Anwendung sich das gemeine Recht, wie dargestellt, im Hinblick auf die römische Auffassung der Servitut als ius in re aliena nicht allgemein entschließen konnte, zum Gesetz erhoben: Es hat bestimmt, daß Grunddienstbarkeiten, die im Grundbuch eingetragen oder durch eine Anlage äußerlich erkennbar waren, trotz erfolgter Konfusion bei später wieder eintretender Trennung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück erneut in Wirkung treten sollten, sofern nicht während der Konfusion der Eigentümer ihre Löschung herbeigeführt oder die kennzeichnende Anlage fortgeschafft hatte.[13] Ob hierin allerdings die Anerkennung einer Eigentümergrunddienstbarkeit liegt, ist zweifelhaft, da § 54 I 22 ALR nicht klar erkennen läßt, ob die Dienstbarkeit während der Dauer der Konfusion wirklich fortbesteht oder doch untergegangen ist und nur später wieder auflebt.[14] Allgemein dürfte das ALR. wohl von der Regel ausgehen, daß die Grunddienstbarkeit ein Recht an fremder Sache ist.[15] Weiter hatte sich aber auch für das ALR. die Ansicht herausgebildet, daß eine Servitut nicht unterging, wenn herrschendes und dienendes Grundstück im Miteigentum mehrerer standen und nur in der Person eines Miteigentümers Konfusion eintrat.[16] Die unmittelbare Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit kannte es nicht.[17]

3. Im österreichischen Recht.

Dieselben Grundsätze finden sich im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich von 1811. Auch hier blieb die Konfusionswirkung ausgeschlossen, wenn die Servitut in den

---

13. Allg. Preuß. Landrecht I, 22:

§ 52: Grundgerechtigkeiten können, gleich andern dinglichen Rechten, durch Konfusion verloren gehen.

§ 53: Derjenige also, in dessen Person das Eigentum der berechtigten und verpflichteten Sache zusammenkommt, ist befugt, die auf letztere eingetragenen Grundgerechtigkeiten löschen zu lassen oder die das Dasein derselben bezeichnende Anlage fortzuschaffen.

§ 54: Ist dieses aber nicht geschehen, und die verpflichtete Sache gelangt demnächst wieder an einen anderen Besitzer, so tritt die vorige Grundgerechtigkeit wieder in ihre Wirkung.

14. Vgl. Huber a. a. O. S. 54.

15. Vgl. ALR I, 22, §§ 25, 26, auch 30 ff.; ferner RGZ. 13, 251.

16. Junker a. a. O. S. 14 und die dort Angeführten.

17. OLG. 29, 348.

öffentlichen Büchern eingetragen war.[18] Gleichfalls hinderte hier bei Miteigentumsverhältnissen am herrschenden und dienenden Grundstück Konfusion in der Person eines Miteigentümers den Fortbestand der Grunddienstbarkeit nicht.[19]

4. Im Code civil.

Auch der Code civil kann in diesem Zusammenhang erwähnt werden. Er steht grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß Dienstbarkeiten im Falle der Konfusion erlöschen.[20] Als bemerkenswerte Bestimmung ist aber hervorzuheben, daß hier die Möglichkeit gegeben ist, an zwei Grundstücken, während sie in der Hand eines Eigentümers vereinigt sind, im Hinblick auf den Fall späterer Trennung ein Verhältnis, das inhaltlich dem einer Grunddienstbarkeit entspricht, zu begründen, und zwar durch „destination" des Eigentümers.[21] Es mag dahingestellt bleiben, ob hier sofort eine vollwirksame Dienstbarkeit in Erscheinung tritt; das Neue dieser Einrichtung liegt darin, daß hier für die Entstehung eines Servitutenverhältnisses, wenn auch nach Beendigung der Konfusion, nicht die Einigung zwischen dem ursprünglichen Eigentümer der beiden Grundstücke und dem späteren Erwerber des einen erforderlich ist, sondern die einseitige Verfügung des ersteren genügt.[22]

5. In zwei Hypothekenordnungen.

Ausnahmen von der allgemeinen Konfusionswirkung finden sich weiterhin in zwei deutschen Hypothekordnungen aus der Mitte des 19. Jahrhunderts, und zwar derjenigen für Mecklenburg von 1848 und der für Hessen-Darmstadt von 1858.[23]

---

18. Eine die Servitut kennzeichnende Anlage ist hier ohne Einfluß: vgl. Huber a. a. O. S. 55; im übrigen zum österr. Recht: Strohal in Grünhuts Zeitschr. Bd. 4 S. 480 ff.

19. Vgl. Junker a. a. O. S. 16.

20. Code civil Art. 705: Toute servitude est éteinte, lorsque le fonds, a qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main.

21. Code civil Art. 692: La destination du père de famille vaut titre a l'égard des servitudes continues et apparentes.

22. zum Recht des Code civil: Huber a. a. O. S. 57 f., 62—64.

23. Hierzu vgl. Stobbe, Handbuch d. dtsch. Priv. Rechts, § 132 Anm. 4 § 139 der HypO. f. Hessen-Darmstadt lautet: Dienstbarkeiten und andere Rechte, welche dem dritten Besitzer an dem verpfändeten Gegenstande zustanden, ehe er ihn erworben hat, leben, nachdem er denselben wieder aufgegeben hat,... wieder auf.

6. Im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch.

Desgleichen hat das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863 das Wiederaufleben von Grunddienstbarkeiten trotz erfolgter Konfusion zugelassen, wenn die Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück von Anfang an nur eine vorübergehende war oder erfolgreich angefochten worden ist.[24] Außerdem kennt es auch die stillschweigende Begründung einer Grunddienstbarkeit durch den Eigentümer zweier Grundstücke im Hinblick auf eine spätere Trennung des Eigentums.[25] Damit ist zwar noch keine Eigentümergrunddienstbarkeit, wohl aber ein tatsächliches Servitutenverhältnis zwischen zwei Grundstücken eines Eigentümers gesetzlich anerkannt und der unmittelbare Übergang dieses tatsächlichen Zustandes in einen rechtlichen bei Trennung des Eigentums an den beiden Grundstücken ausdrücklich festgestellt.[26]

---

24. § 594 Sächs. BGB.: Grunddienstbarkeiten erlöschen, wenn sich das alleinige Eigentum an dem herrschenden und dienenden Grundstück in einer Person vereinigt, leben aber wieder auf, wenn die Vereinigung des Eigentums an den beiden Grundstücken aus dem Grunde aufhört, weil solche entweder von Anfang an nur eine vorübergehende war, oder durch Anfechtung des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts aufgehoben wird.

25. § 575 Sächs. BGB.: Eine stillschweigende vertragsmäßige oder letztwillige Bestellung einer Dienstbarkeit findet namentlich statt, wenn jemand zwei Grundstücke eigentümlich besitzt, deren eines das andere durch eine Anlage oder Vorrichtung belästigt, und das Eigentum eines dieser Grundstücke auf einen anderen, oder beider Grundstücke auf verschiedene Personen ohne Beseitigung der Anlage oder Vorrichtung übergeht.

26. Vgl. Huber a. a. O. S. 61.

Dritter Teil.

Die Eigentümergrunddienstbarkeit im BGB.

I. Das BGB zu den Entstehungsmöglichkeiten der Eigentümergrunddienstbarkeit:

1. Durch Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück.

Wie in der Einführung zu diesen Erörterungen gezeigt wurde, erhebt sich bei der Eigentümergrunddienstbarkeit auf Grund ihrer Eigenschaft als eines beschränkten dinglichen Rechts an eigener Sache die Frage, ob sie überhaupt in einer Sachenrechtsordnung vorkommen kann, in der sich Eigentum und beschränkte dingliche Rechte gegenüberstehen. Betrachtet man daraufhin die soeben besprochenen neueren Rechtsordnungen, so wird man feststellen, daß diese zwar in weiterem Umfange Ausnahmen zugunsten der Eigentümergrunddienstbarkeit anerkannt, grundsätzlich aber die römische Regel: nulli res sua servit aufrechterhalten haben. Das BGB dagegen, dem sich jetzt die vorliegenden Ausführungen zuwenden, ist weitergegangen. Es hat die eine der beiden Entstehungsmöglichkeiten der Eigentümergrunddienstbarkeit allgemein und ausdrücklich zugelassen, indem es in § 889 folgende Bestimmung getroffen hat:

> „Ein Recht an einem fremden Grundstück erlischt nicht dadurch, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt."

Damit hat es die rechtsvernichtende Wirkung der Konfusion, die im römischen Recht die Regel war, beseitigt und festgestellt, daß eine bestehende Fremdgrunddienstbarkeit bei Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück grundsätzlich nicht erlischt, sondern fortbesteht und infolgedessen zum Recht an eigener Sache, also zur Eigentümergrunddienstbarkeit wird.

2. Durch unmittelbare Bestellung.

Hiernach bleibt zu fragen, ob das BGB auch die andere Möglichkeit der Entstehung von Eigentümergrunddienstbarkeiten, ihre un-

mittelbare Bestellung durch den Eigentümer zweier Grundstücke, zuläßt. Das kann zweifelhaft sein. Denn an einer ausdrücklichen Vorschrift hierüber fehlt es[1] und aus der Tatsache, daß § 889 BGB durch Ausschluß der Konfusionswirkung Eigentümergrunddienstbarkeiten entstehen läßt, ist für die vorliegende Frage nichts zu entnehmen.[2] Lediglich in den Motiven findet sich die unmittelbare Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten erörtert. Hier ist ihre Möglichkeit jedoch verneint, und zwar mit der Begründung, daß rechtliche Bedenken entgegenstünden und zudem ein praktisches Bedürfnis nicht vorliege.[3] Diese Äußerung kann jedoch nicht maßgeblich sein. Es muß vielmehr geprüft werden, was das Gesetz hierüber erkennen läßt.

II. Das Verkehrsbedürfnis nach Zulassung der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten.

Es gibt zunächst eine Reihe von Gesichtspunkten innerhalb und außerhalb des Gesetzes, die eindringlich für die Zulassung der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten sprechen. In erster Linie ist hier auf ein unzweifelhaft vorhandenes Verkehrsbedürfnis nach Zulassung derartiger Rechte hinzuweisen. Wenn die Motive ein solches seinerzeit verneint hatten, so erwies sich das bald als unzutreffend.

A. Bei Siedlungsunternehmen.

1. Die Art des Bedürfnisses.

Es zeigte sich nämlich, daß für Parzellierungs- und Siedlungsunternehmen gerade Eigentümergrunddienstbarkeiten ein wertvolles Hilfsmittel zur Erreichung ihrer Zwecke sein können. Derartige Organisationen machen es sich zur Aufgabe, zusammenhängende Ländereien, die sie erworben haben, aufzuteilen, durch Schaffung gemeinnütziger Anlagen wie Straßen, Wasser-, Licht- und Kanalisationsleitungen bebauungsfähig zu machen oder auch selbst zu bebauen und dann als einzelne Siedlungsstätten zu vergeben. Hierbei

1. Eine solche enthält nur das Schweizerische Zivilgesetzbuch, das in Art. 733 die unmittelbare Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten zuläßt.
2. Vgl. Huber a. a. O. S. 51.
3. Motive III, 480.

ergibt sich sowohl für das Unternehmen wie für die einzelnen Erwerber das Bedürfnis, den Charakter der entstandenen Siedlung in ihrer besonderen Eigenart zu erhalten, z. B. nur eine bestimmte Art von Häusern zu bauen, oder keine Fabrik- oder störenden Handwerksbetriebe anzulegen, oder Läden und Schankwirtschaften, auch Krankenanstalten nicht einzurichten und ähnliches mehr. Zur Erreichung dieses Zweckes bestehen verschiedene Möglichkeiten.

2. Die Aushilfsmittel.

a) Öffentlich-rechtliche Bauordnung.

Zunächst ist in Betracht zu ziehen, entsprechende Beschränkungen der einzelnen Siedler durch eine öffentlich-rechtliche Bauordnung herbeizuführen. Dieser Weg unterliegt jedoch Bedenken. Denn es ist schon zweifelhaft, ob eine solche Bauordnung im einzelnen Fall erlassen werden wird. Selbst wenn es aber dazu kommen sollte, ist weiter mit der Möglichkeit zu rechnen, daß die Bauordnung später einmal, und zwar ohne Zustimmung der Siedler wieder aufgehoben wird und dann alle Beschränkungen für die Zukunft wegfallen.

b) Obligatorische Verpflichtung.

Zweitens ist daran zu denken, den Erwerbern der einzelnen Teilgrundstücke entsprechende obligatorische Verpflichtungen aufzuerlegen, auch mit der Maßgabe, sie auf spätere Rechtsnachfolger zu übertragen. Da hierbei jedoch nur persönliche Bindungen gegenüber dem Siedlungsunternehmen geschaffen werden, liegt es auf der Hand, daß auch diese Art der Sicherung eine unvollkommene ist. Denn einmal entstehen im Falle der Nichtbefolgung der auferlegten Verpflichtungen nur Schadensersatzansprüche, und zum andern nützen die einzelnen obligatorischen Bindungen der Gesamtheit der Siedler wenig, insbesondere wenn man bedenkt, daß unter Umständen das Unternehmen nach Verteilung des ganzen Geländes zu bestehen aufhört und damit die Verpflichtungen möglicherweise überhaupt wertlos werden.

c) Die Bestellung von Fremdgrunddienstbarkeiten.

Man wird also danach trachten, eine dingliche Sicherung für die angeführten Beschränkungen der Siedler vorzunehmen. Hier-

zu gewährt das Gesetz die Möglichkeit der Grunddienstbarkeit, deren Inhalt gemäß § 1018 BGB u. a. dahin gehen kann, daß auf dem belasteten Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen. Denkt man zunächst an die Bestellung von Fremdgrunddienstbarkeiten, so könnte diese in zweifacher Weise vor sich gehen. Erstens wäre es möglich, daß das Siedlungsunternehmen bei der allmählichen Veräußerung der einzelnen Grundstücke das jeweils verkaufte zugunsten der übrigen noch in ihrem Eigentum verbleibenden belasten läßt. Dabei entsteht jedoch die Unzuträglichkeit, daß das zuerst verkaufte Grundstück nur belastet und nicht berechtigt ist, die später verkauften aber gegenüber einer immer größeren Anzahl früher veräußerter berechtigt werden und schließlich das letzte überhaupt nicht mehr belastet, sondern nur noch berechtigt ist.[4]

Um diesem Ergebnis zu entgehen, wäre zweitens denkbar, nicht nur die jeweils verkaufte Parzelle zugunsten der übrigen, sondern auch diese letzteren zugunsten der verkauften zu belasten. Dabei würde allerdings erreicht werden, daß auf jedem Teilgrundstück die gewünschte Beschränkung zugunsten aller übrigen ruht. Andererseits würde aber bei einer einigermaßen beträchtlichen Anzahl von Parzellen eines Siedlungskomplexes bei jedem Verkauf eines Teilgrundstückes eine derartige Zahl von Grunddienstbarkeiten einzutragen sein, daß, wie nicht unzutreffend bemerkt worden ist,[5] „Störungen im Betriebe des Grundbuchamtes" vorkommen könnten. Ein derartiges Verfahren dürfte also auf jeden Fall unwirtschaftlich sein.

Danach ist drittens in Betracht zu ziehen, jedes jeweils verkaufte Grundstück zugunsten eines einzigen, für diesen Zweck besonders ausgesuchten Grundstücks zu belasten, etwa eines solchen, auf dem später ein allgemeinen Zwecken bestimmtes Gebäude, z. B. eine Schule, errichtet und das dann in das Miteigentum aller Siedler überführt wird. Dieser Weg dürfte jedoch daran scheitern, daß gemäß § 1019 BGB jede Grunddienstbarkeit gerade für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorteile bieten muß.[6]

---

4. Hierauf hat Junker a. a. O. S. 94 verwiesen.

5. Junker a. a. O. S. 95; vgl. hierzu auch Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 168, Anm. 1.

6. wenn auch Nachbarschaft von herrschendem und dienendem Grundstück nicht erforderlich sein mag. Vgl. im ganzen zu diesem Punkt: Junker a. a. O. S. 97 f.

3. Die Nützlichkeit von Eigentümergrunddienstbarkeiten.

Aus alledem ergibt sich, daß zur Herbeiführung gewisser einheitlicher Verhältnisse in Siedlungen weder eine öffentlich-rechtliche Bauordnung noch die Auferlegung obligatorischer Verpflichtungen noch die Bestellung von Fremdgrunddienstbarkeiten in vollem Umfange geeignet ist. Das Mittel dagegen, mit dem sich der gewünschte Zweck in befriedigender Weise erreichen läßt, ist die Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten. Denn damit wäre das Siedlungsunternehmen in die Lage versetzt, solange es noch Eigentümer des ganzen Geländes ist und bevor es zum Verkauf einzelner Parzellen schreitet, jede derselben zugunsten anderer, die jeweils in Betracht kommen, nach einem einheitlichen Plan mit entsprechenden Grunddienstbarkeiten auszustatten und so von vornherein den einzelnen Grundstücken die Beschränkungen aufzuerlegen, die dem Gesamtinteresse der späteren Siedler dienlich sind.[7] Dieses Verfahren hat auch, weil es einfach ist, für das Unternehmen den Vorzug der Wirtschaftlichkeit und gewährleistet den Siedlern eine klare und sichere Grundlage für den Zustand und den Charakter ihrer Siedlung, ohne das Grundbuchblatt der einzelnen Parzelle unübersichtlich zu machen.

Danach kann keinem Zweifel unterliegen, daß hier ein berechtigtes und schutzwürdiges Bedürfnis nach Zulassung der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten vorliegt. Daneben sind jedoch noch andere Fälle zu nennen, in denen die Begründung von Eigentümergrunddienstbarkeiten sich als wünschenswert erweist.

B. In weiteren Fällen.

Es gibt Bauordnungen, nach denen ein Teil eins jeden Grundstücks unbebaut bleiben muß. Hiervon kann jedoch Befreiung erteilt werden, wenn der Eigentümer des Nachbargrundstücks der Bebauung zustimmt und auf seinem Grundbuchblatt zugunsten des anderen Grundstücks eintragen läßt, daß ein entsprechender Teil seines Grundstücks unbebaut bleiben soll. Dies kann er ohne weiteres tun, indem er eine entsprechende Grunddienstbarkeit bestellt. Ist aber eine einzige Person Eigentümer zweier Nachbargrundstücke, so könnte sie, sofern man nicht die Möglichkeit einer Eigen-

7. übereinstimmend: Huber a. a. O. S. 20 f., Junker S. 93; Schmidt-Rimpler S. 168.

tümergrunddienstbarkeit zulassen wollte, die in Betracht kommende Servitut nicht bestellen. Ihr müßte also die Befreiung von dem Bauverbot versagt bleiben. Das würde ohne Zweifel eine ungerechtfertigte Benachteiligung dieses Eigentümers gegenüber jedem anderen bedeuten.[8]

Ebenso erscheint die Zulassung von Eigentümergrunddienstbarkeiten dann wünschenswert, wenn ein Eigentümer zweier Grundstücke eins von diesen verkaufen oder für den Fall seines Todes als Vermächtnis aussetzen, zugleich aber gewisse Beziehungen der beiden Grundstücke zueinander, die für das eine oder andere von Wert sind, festgelegt wissen will. Auch hierzu würde der zweckdienlichste Weg in der schon vor dem Verkauf oder noch zu Lebzeiten des Eigentümers möglichen Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten liegen.[9]

Weiter sei eines Falles gedacht, den die Motive anführen.[10] Diese leiten allerdings aus ihm her, daß ein Bedürfnis für die Zulassung von Eigentümergrunddienstbarkeiten nicht vorhanden sei. Ein Eigentümer zweier Grundstücke will eins von diesen mit einer Hypothek belasten, sich selbst aber eine diesem Recht vorgehende Grunddienstbarkeit an dem Grundstück wahren, etwa um sich die Möglichkeit seiner Benutzung zu erhalten, wenn er das Eigentum daran verlieren sollte. Die Motive verweisen hier den Eigentümer darauf, daß er den angestrebten Zweck durch die Art und Weise der Hypothekenbestellung erreichen könnte. Sie haben dabei offenbar die Eintragung eines Rangvorbehalts gemäß § 881 BGB im Auge. Diese Art der Hypothekenbestellung sichert jedoch die Grunddienstbarkeit dem Eigentümer nur in dem Falle, daß er das Grundstück freiwillig verkauft. Dann geht nämlich der Rangvorbehalt auf den Erwerber gemäß § 881 Abs. 3 BGB über und mit diesem kann der Eigentümer vereinbaren, daß er die Eintragungsbewilligung für die vorbehaltene Grunddienstbarkeit zugleich im Kaufvertrage erklärt.[11] Für den viel wichtigeren Fall aber, daß nämlich das mit der Hypothek belastete Grundstück durch deren Gläubiger zur Zwangsversteigerung gebracht wird, bietet der Weg über § 881 BGB dem Eigen-

8. Vgl. zu diesem Fall: Junker a. a. O. S. 84 ff.; Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 169.

9. siehe solche Fälle bei Junker S. 82 f.; Huber S. 22 f.

10. Motive III, 480.

11. Insoweit vgl. Junker a. a. O. S. 80.

tümer nur eine ungenügende Sicherheit. Denn in diesem Falle erlischt gemäß §§ 52 Abs. 1 Satz 2, 91 Abs. 1 ZVG möglicherweise, d. h. sofern nicht in den Versteigerungsbedingungen andere Bestimmungen getroffen werden, das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht, da es als ein solches des betreibenden Gläubigers in der Regel nicht im geringsten Gebot berücksichtigt wird; damit entfällt dann der Vorbehalt, den vorher auszunutzen keine Möglichkeit bestand.[12] Es ergibt sich also, daß auch hier, entgegen der Ansicht der Motive, dem Eigentümer am besten mit der sofortigen Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit gedient wäre.

Schließlich sei auch noch darauf hingewiesen, daß durchaus Fälle denkbar sind, in denen ein Eigentümer mehrerer Grundstücke überhaupt keine Hypothek auf eins von diesen erhalten wird, wenn er es nicht zuvor mit einer Grunddienstbarkeit belastet. Das kann z. B. zutreffen, wenn andernfalls eine Entwertung des Grundstücks zu befürchten wäre.[13]

III. Weitere Gesichtspunkte für die Zulassung der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten.

1. Die geschichtliche Entwicklung.

Neben diesen praktischen Erfordernissen des Rechtsverkehrs, die für die Eigentümergrunddienstbarkeit sprechen, ist auf deren geschichtliche Entwicklung hinzuweisen. Wie schon hervorgehoben, sind zwar die weiter oben besprochen neueren Rechtsordnungen bemüht gewesen, die ihnen vom römischen Recht überkommene Regel: nulli res sua servit grundsätzlich in Geltung zu halten. Darüber hinaus ist aber nicht zu verkennen, daß sie, den Verkehrsbedürfnissen einer neuen Zeit folgend, bereits in bedeutend mehr Fällen als die römischen Juristen Ausnahmen von jenem Grundsatz anerkannt haben. Im Zuge dieser Entwicklung würde es liegen, die Eigentümergrunddienstbarkeit im BGB möglichst weitgehend zuzulassen.

2. § 1009 BGB.

Weiter ist in diesem Zusammenhang auf die Vorschrift des § 1009 BGB hinzuweisen. Hier wird bestimmt:

12. Jaeckel-Güthe ZVG § 52 Anm. 5; RGR-Kommentar BGB § 881 Anm. 7; Planck BGB § 881 Anm. 5; Fuchs, Grundbuchrecht § 881 Anm. 8.
13. M. Wolff, Sachenrecht, § 108 I 1 b, Beispiel Nr. 2.

„Die gemeinschaftliche Sache kann auch zugunsten eines Miteigentümers belastet werden.

Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks, sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zugunsten der jeweiligen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört."

Damit hat das BGB die unmittelbare Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugelassen, bei der herrschendes und dienendes Grundstück wenigstens zu gewissen Anteilen einem einzigen Eigentümer gehören. Auch insofern ist es also einen Schritt weiter gegangen als das römische Recht, welches in diesem Fall, wie weiter oben gezeigt, die Begründung einer Servitut nicht für möglich hielt.[14] Im übrigen ist folgendes festzustellen: § 1009 BGB bietet die Möglichkeit, daß bei Miteigentumsverhältnissen an zwei Grundstücken der Alleineigentümer des einen zu seinen Gunsten an dem gemeinschaftlichen Grundstück oder desen Miteigentümer zu ihren Gunsten an dem anderen, einem von ihnen allein gehörigen Grundstück eine Grunddienstbarkeit bestellen. Da hierbei der Miteigentumsanteil des Alleineigentümers des einen an dem anderen gemeinschaftlichen Grundstück jede beliebige Größe haben kann, ist er möglicherweise so groß, daß er dem ganzen Eigentum an dem Grundstück ziemlich nahe kommt. Wenn dann gemäß § 1009 BGB eine Grunddienstbarkeit bestellt wird, so entsteht damit auf Grund unzweifelhafter gesetzlicher Vorschrift ein Recht, das sich praktisch von einer eigentlichen Eigentümergrunddienstbarkeit, bei der herrschendes und dienendes Grundstück vollkommen einem Eigentümer gehören, nur noch unerheblich unterscheidet.

IV. Die Zulässigkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit innerhalb der Sachenrechtsordnung des BGB.

Wenn so eine Reihe von Gesichtspunkten für die Zulassung der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten spricht, so können andererseits auch Bedenken gegen die Zulässigkeit dieses Rechts im Rahmen der geltenden Sachenrechtsordnung nicht erhoben werden.

---

14. Vgl. oben S. 12.

1. Zulässigkeit beschränkter dinglicher Rechte an eigener Sache: § 889 BGB.

Zunächst ist zu beachten, daß das BGB mit der Vorschrift des § 889 ganz allgemein die Konfusionswirkung ausgeschlossen und damit grundsätzlich für seinen Bereich die Möglichkeit des beschränkten dinglichen Rechts an eigener Sache anerkannt hat. Denn wenn § 889 BGB bestimmt, daß ein Recht an fremder Sache nicht erlischt, falls der Eigentümer des belasteten Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem belasteten Grundstück erwirbt, so hat das folgende Bedeutung:

a) Fortbestand der Rechte bei Konfusion keine Fiktion.

Keinesfalls ist der Fortbestand des beschränkten dinglichen Rechts an eigener Sache eine bloße Fiktion.[15] Denn eine solche Annahme würde darauf hinauskommen, daß das Recht in Wahrheit doch erloschen ist. Das aber wäre schon mit dem Wortlaut des § 889 BGB unvereinbar.

b) Kein Ruhen der Rechte bei Konfusion.

Weiter läßt sich der Fortbestand des beschränkten dinglichen Rechts an eigener Sache auch nicht so denken, daß dieses Recht während der Dauer seines Zusammentreffens mit dem Eigentum ruht und erst nach Lösung dieser Vereinigung wieder auflebt.[16] Diese Annahme würde den Zweck verkennen, den der Gesetzgeber mit der Einführung des § 889 BGB verfolgte. Er wollte die Macht des Eigentümers erweitern, ihm aber auch die Möglichkeit geben, seine verbesserte Stellung im Rechtsverkehr auszunutzen. Insbesondere im Hinblick auf die Eigentümerhypothek sollte es ihm ermöglicht werden, eine bisher von einem Dritten innegehaltene, nunmehr frei gewordenen Rangstelle für sich zu erhalten und zu verwerten.[17] Dieser Absicht des Gesetzgebers würde man nicht gerecht werden, wenn man § 889 BGB dahin auslegte, daß das beschränkte Recht für die Dauer der Vereinigung mit dem Eigentum ruhte. Diese Auffassung erweist sich daher als unzutreffend.

---

15. so Predari, Grundbuchordnung, S. 134; Crome, Bürg. Recht, S. 259, b; Jakubezky a. a. O. S. 212; auch RGZ. 47, 209, jetzt aber ausdrücklich anders: RGZ. 142, 231.

16. so Fuchs, Grundbuchrecht, § 889 Anm. 5; dagegen vgl. Rosenberg, Sachenrecht. § 889 II, 3; Schimdt-Rimpler a. a. O. S. 114.

17. Vgl. Motive III, 203 ff., insbes. S. 205.

c) Wirksamkeit der beschränkten dinglichen Rechte an eigener Sache.

Wenn somit der Fortbestand des beschränkten dinglichen Rechts am eigenen Grundstück weder eine Fiktion ist noch das Recht während seiner Vereinigung mit dem Eigentum ruht, muß angenommen werden, daß das, was dem Eigentümer gemäß § 889 BGB im Falle der Konfusion erhalten bleibt, ein wirklich vorhandenes beschränktes Sachenrecht in seiner vollen Wirksamkeit ist.[18] Dies entspricht offensichtlich auch am ehesten den Absichten des Gesetzgebers.[19]

Damit ist, worauf es hier ankommt, gezeigt, daß das BGB das Bestehen beschränkter dinglicher Rechte am eigenen Grundstück grundsätzlich und in voller Würdigung der Bedeutung solcher Rechtserscheinungen anerkennt. Damit können auch der Eigentümergrunddienstbarkeit als einem derartigen Recht an eigener Sache vom Standpunkt der Sachenrechtsordnung des BGB aus keinerlei Bedenken entgegenstehen. Der Satz: nulli res sua servit ist überwunden und kann für die Zulassung der Eigentümergrunddienstbarkeit kein Hindernis mehr bilden.

2. Keine Bedenken aus dem Begriff der Grunddienstbarkeit.

Ebensowenig folgen aus dem Begriff der Grunddienstbarkeit überhaupt, wie er sich im BGB darstellt, Schwierigkeiten. Er ergibt keineswegs, daß dieses Recht etwa nur an fremder Sache vorkommen kann. Hierfür bietet zunächst ihre Eigenschaft als beschränktes dingliches Recht keinen Anhalt, da das BGB die beschränkten Sachenrechte an fremder und, wie soeben gezeigt, auch an eigener Sache zuläßt. Wenn ferner die Grunddienstbarkeit, wie weiter oben in der Einführung dargestellt wurde,[20] ein Recht zu unmittelbarer Nutzung eines Grundstücks zum Vorteil eines anderen ist und ihre besondere Eigenart und Bedeutung für den Rechtsverkehr darin liegt, daß sie die Möglichkeit schafft, den Wert eines Grundstücks durch Vorteile zu steigern, die ein anderes zu bieten vermag, so zeigt sich daran, daß das Wesentliche bei ihr die Feststellung von nützlichen Beziehungen zwischen zwei Grundstücken

18. So außer RGZ. 142, 231: Planck BGB § 889, 2; Rosenberg § 889, II, 3; RGR-Komm. § 889, 2.

19. Vgl. die auf Seite 34 angeführten Stellen der Motive.

20. Vgl. oben S. 2.

ist. Die jeweilige Eigentumslage an diesen beiden tritt demgegenüber in den Hintergrund. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die §§ 1020—1023 BGB die persönlichen Beziehungen zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und dem Verpflichteten als solche zwischen zwei verschiedenen Personen regeln. Dies ist jedoch lediglich als Bestimmung für die gewöhnlich zutreffende Erscheinungsform der Grunddienstbarkeit anzusehen. Ein Bestandteil ihres Begriffes kann die Personenverschiedenheit der beteiligten Grundstückseigentümer nicht sein. Vielmehr spricht die Eigenschaft der Grunddienstbarkeit als eines subjektiv dnglichen Rechts dafür, daß sie am fremden wie auch am eigenen Grundstück vorkommen kann.[21]

V. Die einzige Schwierigkeit: § 873 Abs. 1 BGB.

So stößt die Eigentümergrunddienstbarkeit auf keinerlei rechtliche Bedenken, und bedeutende Gesichtspunkte außerhalb und innerhalb des Gesetzes fordern ihre Zulassung. Trotz alledem steht gerade ihrer unmittelbaren Bestellung eine Schwierigkeit entgegen. Sie ergibt sich aus § 873 Abs. 1 BGB, welcher bestimmt, daß zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte außer dessen Eintragung im Grundbuch die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erforderlich ist, soweit nicht das Gesetz etwas anderes vorschreibt. Danach setzt die Begründung eines jeden Sachenrechts, also auch der Eigentümergrunddienstbarkeit, grundsätzlich eine Einigung voraus, und zwar, wie das Gesetz sagt, eine solche zwischen dem Berechtigten und dem andern Teil. Diese Worte sprechen dafür, daß nur zwei verschiedene Personen eine Einigung gemäß § 873 BGB vornehmen können. Wenn das zutrifft, käme für die Eigentümergrunddienstbarkeit eine derartige Einigung überhaupt nicht in Betracht; denn bei ihr ist stets nur eine Person beteiligt. Dann müßte man weiter fragen, ob für die Eigentümergrunddienstbarkeit eine der in § 873 BGB vorgesehenen Ausnahmen anzunehmen ist, so daß von dem Erfordernis der Einigung abgesehen werden kann. An einer ausdrücklichen Vorschrift hierüber, wie sie etwa in § 1196 BGB für die Eigentümergrundschuld gegeben ist, fehlt es jedoch. Danach bleibt zu prüfen, ob vielleicht in anderer Weise aus dem Gesetz ein Ausnahmestandpunkt für die

21. Vgl. schon hierzu die weiter unten noch näher zu behandelnde Entscheidung RGZ. 142, 231.

Eigentümergrunddienstbarkeit abgeleitet werden kann. Es ergeben sich also aus § 873 Abs. 1 BGB eine Reihe von Zweifelsfragen, die zunächst der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten im Wege zu stehen scheinen.

VI. Lehre und Rechtsprechung zur Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten nach dem Recht des BGB.

1. Die Lehre.

a) Ablehnung in der herrschenden Meinung.

Die Rechtslehre hat überwiegend den § 873 als unüberwindliches Hindernis angesehen. Sie hat zwar nicht das starke praktische Bedürfnis verkannt, das durchaus für die Zulassung der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten spricht.[22] Sie hat aber angenommen, daß das Gesetz einen Weg hierzu im Hinblick auf § 873 nicht gebe, und ist damit zu ihrem ablehnenden Standpunkte gelangt.[23]

b) Zustimmung einzelner.

Für die Zulässigkeit der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten haben sich weniger Stimmen erhoben.

---

22. Vgl. die schon mehrfach erwähnten Arbeiten von Huber S. 9 ff. Junker S. 78 ff., Schmidt-Rimpler S. 167 ff.

23. Dieser Auffassung übereinstimmend: Staudinger BGB § 1018 I 2; RGR-Kommentar BGB § 873 Anm. 7a; § 1018 Anm. 5; Planck BGB vor § 1018, 4a; § 873, I, 3; § 889, 3; Biermann, Sachenrecht, § 1018, 1c; Güthe-Triebel, Grundbuchordnung, vor § 13 Anm. 26; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, I § 91, 2; Turnau-Förster, Grundb. O., § 1018 I 3; Predari, Grundb. O., § 19, 2; § 8, 4; ders. in GruchB. 52, 472; Crome, System d. dtsch. Bürg. Rechts, Bd. 3, S. 494 Anm. 5; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, § 144 Anm. 6; Endemann, Lehrbuch d. Bürg. Rechts, Bd. 2, 1 § 99, 2; § 100, Anm. 10; Goldmann-Lilienthal, BGB. II § 33 I 2; v. Tuhr. Bürg. Recht, II 1, S. 80 f.

Ebenso die Arbeiten von Schmidt-Rimpler, Huber (für das BGB ablehnend) und Junker, der zwar die Ablehnung der Eigentümergrunddienstbarkeit aus § 873 BGB für zu formalistisch ansieht, gleichwohl aber insbesondere mit der Begründung an ihr festhält, wenn das BGB in § 1196 die Bestellung eines einzelnen Rechts an eigener Sache, der Eigentümergrundschuld, zuließe, so handelte es sich dabei um eine Ausnahmeerscheinung, zu der eine Analogie nicht möglich wäre.

Von diesen haben einige darzutun versucht, daß die Voraussetzungen des § 873 auch hier erfüllt werden könnten, indem der Eigentümer die erforderliche Einigung mit sich selbst vornehme; denn diese verlange nicht das Vorhandensein zweier verschiedener Personen.[24] Andere haben die Meinung vertreten, bei Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit könnte § 873 überhaupt keine Anwendung finden, es müßte vielmehr die einseitige Erklärung des Eigentümers zur Begründung des Rechts genügen. Das wird mit der Darlegung begründet, hier sei die Zweckbestimmung des § 873, die darin bestehe, daß niemand ohne seinen Willen ein Recht erwerben solle, schon durch die einseitige rechtsbegründende Tätigkeit des Eigentümers erfüllt.[25] Oder man sagt, daß hier, nachdem § 889 BGB allgemein für den Fall der Konfusion den Fortbestand der beschränkten Sachenrechte auch an eigenem Grundstück anerkenne, in analoger Anwendung des § 1196 Abs. 2 BGB, der die Begründung einer Eigentümergrundschuld durch einseitiges Rechtsgeschäft zuließe, eine Ausnahme von dem Erfordernis der Einigung zu machen sei.[26]

2. Die Rechtsprechung.

In der Rechtsprechung, soweit sie das BGB. betrifft, ist die Möglichkeit der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten fortgesetzt verneint worden. Zunächst hat das Kammergericht diese Auffassung zum Ausdruck gebracht und zur Begründung seines Standpunktes auf § 873 sowie auch § 181 BGB verwiesen.[27] Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Hamburg, um den von ihm gewürdigten Bedürfnissen des Verkehrs entgegenzukommen, versucht, die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit zu rechtfertigen. [28] Es mußte den fraglichen Fall jedoch infolge der gegenteiligen Auffassung des Kammergerichts dem

---

24. So Cohen in DJZ. 1906, 23; Kohler in Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Bd., S. 60.

25. so Regelsberger in JherJ. 58, 161 f.; Heck, Sachenrecht, § 25, 7.

26. so M. Wolff, Sachenrecht, § 108, I 1 b.

27. KGJ. 20, 294 = OLG. 1, 427. § 181 BGB lautet: Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

28. Oberlandesgericht Hamburg in Hanseatische Gerichtszeitung 1901 Beiblatt S. 221 — 225.

Reichsgericht vorlegen. Dieses hat dann in einer grundsätzlichen Entscheidung den ablehnenden Standpunkt verteidigt.[29] Es hat sich ebenso wie das Kammergericht auf die §§ 873, 181 BGB berufen und ausgeführt, daß Ausnahmen von dem Erfordernis der Einigung nur in den im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen der §§ 1188 (Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber), 1192, 1195 (Bestellung einer Grundschuld mit Ausstellung des Grundschuldbriefes auf den Inhaber) und 1196 BGB (Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer), nicht aber hinsichtlich der Grunddienstbarkeit zuzulassen seien, was ebenso für den Grundsatz des § 181 BGB gelte. Dieser erlitte allenfalls durch § 1009 BGB eine Ausnahme. Im übrigen sei die Grunddienstbarkeit ein Rechtsverhältnis, das zwischen zwei Personen begründet werde, folglich nach dem System des BGB nur an einem fremden Grundstück bestehen könnte. Damit war durch die Kraft eines höchstrichterlichen Spruches der Standpunkt der Rechtsprechung festgelegt. Entscheidungen, die später noch folgten, stellten lediglich eine Bestätigung der Ausführungen des Reichsgerichts dar.[30] Hervorhebung verdient nur noch, daß das Kammergericht in einer späteren Entscheidung seinen ablehnenden Standpunkt noch einmal unter ausdrücklichem Hinweis auf den Satz: nulli res sua servit bestätigt hat, von dem auch das BGB keine Ausnahme zulasse.[31]

3. Der neueste Standpunkt des Reichsgerichts.

Es ist klar, daß die in solchen Entscheidungen zutage tretende Auffassung in neuester Zeit einer Nachprüfung bedurfte. Hierzu ist es auch von Seiten der Rechtsprechung bereits gekommen. Das Kammergericht hatte wiederum Gelegenheit erhalten, die Frage der Zulässigkeit unmittelbarer Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit zu prüfen. Es glaubte nunmehr, sie bejahen zu sollen, mußte jetzt jedoch seinerseits dem Reichsgericht die Entscheidung überlassen. Dieses hat daraufhin gleichfalls seine frühere Ansicht aufgegeben und die unmittelbare Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten für zulässig erklärt. Es hat nunmehr festgestellt, man müsse hier auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung eine Ausnahme von dem Erfordernis der Einigung

29. RGZ. 47, 208 ff.
30. Vgl. noch RGZ. 65, 361; OLG. 29, 348; Sächs. Archiv 1929, 424.
31. KGJ. 40, 243.

machen, und zwar im Hinblick auf die subjektiv dingliche Natur der Grunddienstbarkeit, da diese zeige, daß das Wesentliche dieses Rechts die Regelung der Beziehungen zwischen zwei verschiedenen Grundstücken sei und demgegenüber eine zufällige Einheit des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück nicht von Bedeutung sein dürfe. Im übrigen entspreche die in dieser Auffassung zum Ausdruck kommende Verselbständigung der Rechtsverhältnisse von zwei Grundstücken Gedankengängen des alten deutschen Rechts.[37]

VII. Begründung für die Zulässigkeit unmittelbarer Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten nach dem Recht des BGB.

A. Die Frage.

Auch für die Rechtslehre kann es kein befriedigendes Ergebnis sein, festzustellen, daß gegen die Eigentümergrunddienstbarkeit keine rechtlichen Bedenken vorliegen, im Gegenteil bedeutende Gesichtspunkte für sie sprechen, andererseits aber die Möglichkeit ihrer unmittelbaren Bestellung lediglich an einem gewissermaßen formalen Hindernis scheitern soll, daran nämlich, daß das Gesetz keinen Weg dafür erkennen läßt. Solange daher ein solcher Standpunkt noch vertreten wird, sich insbesondere, wie dargelegt, in bedeutenden Erläuterungsbüchern zum BGB findet, besteht immer wieder Veranlassung, ihn nachzuprüfen. Besonders erscheint dies aber gerechtfertigt, nachdem die höchstrichterliche Rechtsprechung damit vorangegangen ist, die alte, so unbefriedigende Auffassung zu verlassen. Daran anknüpfend gilt es jetzt zu fragen, ob man die neuerdings vom Reichsgericht eingenommene Haltung anerkennen kann oder ob man mit der bisher herrschenden Meinung die Zulässigkeit der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten trotz aller dafür sprechenden Gesichtspunkte ablehnen muß. Mit einem Wort: die alte Frage wird noch einmal neu. Sie lautet: Gibt das BGB einen Weg zur unmittelbaren Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit? Diese Frage stellen kann hier nur heißen, wie das Reichsgericht es getan hat, ihre Bejahung versuchen.

B. Die Möglichkeiten der Begründung:

Hierzu bestehen zwei Möglichkeiten. Entweder man geht mit dem Reichsgericht von § 873 Abs. 1 BGB aus und zeigt, daß eine

32. RGZ. 142. 231 = JW. 1934, 283, 3.

der dort vorgesehenen Ausnahmen von dem grundsätzlichen Erfordernis der Einigung gegeben ist, oder man stützt sich, was auch in Betracht kommen kann, auf eine Analogie zu § 1196 BGB, den Fall, in dem das BGB die Bestellung eines beschränkten Sachenrechts am eigenen Grundstück durch einseitige Erklärung ausdrücklich zugelassen hat.[33]

1. Der Weg über § 873 Abs. 1 BGB.

a) Das Erfordernis der Einigung.

Geht man von § 873 aus, so muß man sich folgendes klar machen: Die in dieser Vorschrift erforderte Einigung setzt stets das Vorhandensein zweier verschiedener Personen voraus.[34] Dies kann man unbedenklich allein aus dem Wortlaut des Gesetzes folgern, das von einer Einigung „des Berechtigten und des anderen Teiles" spricht. Bereits aus diesem Grunde geht die Auffassung, eine Person allein könne sich einigen, indem sie mit sich einig sei, und das genüge, weil eine Erklärung der Einigung nicht gefordert werde,[35] fehl. Es kommt hinzu, daß, wie die Entstehungsgeschichte des § 873 zeigt, wohl Zweifel bestanden haben, ob man in dieser Vorschrift das Wort „Einigung" oder „Vertrag" gebrauchen sollte. Unzweifelhaft ist aber gewesen, daß es jedenfalls, wie übrigens stets im BGB, auf die übereinstimmende Willenserklärung zweier Parteien ankäme.[36]

Wenn zu einer Einigung nach § 873 zwei Personen gehören, erscheint die Bezugnahme auf § 181 BGB bei Anwendung des § 873 belanglos. Denn sieht man in ihm die Regel niedergelegt, daß das Selbstkontrahieren grundsätzlich unzulässig ist, so bestätigt

---

33. Eine Analogie zu §§ 1063 Abs. 2 und 1256 Abs. 2 BGB. in dem Sinne zu ziehen, daß die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit im Falle eines rechtlichen Interesses an ihr möglich wäre (so Wrobbel a. a. O. S. 15 ff.), erscheint schon deshalb bedenklich, weil in diesen Vorschriften zunächst allenfalls ein allgemeiner Grundsatz für das Bestehen beschränkter dinglicher Rechte an eigenen beweglichen Sachen zum Ausdruck kommt.

34. Ueberwiegende Meinung: Staudinger BGB § 873 B I 2 d; Planck BGB § 873 III 1 e; Predari Grundb. O. S. 324; Goldmann-Lilienthal § 33, 2; Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 175; auch das RG. hält hieran fest: RGZ. 47, 202; 142, 231; vgl. ferner KGJ. 20, 294.

35. So Cohen in DJZ. 1901, S. 23.

36. Protokolle 3, 57 ff.; vgl. auch Gierke, Sachenrecht, § 14 I 1 b.

er lediglich, daß auch die hier in Frage stehende Einigung nur zwischen zwei Personen stattfinden kann.[37] Würde man aber annehmen, daß § 181 BGB den Grundsatz der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens enthielte,[38] was allerdings schon der Fassung dieser Vorschrift widerstreitet und kaum zutreffend sein dürfte, so müßte man trotzdem daran festhalten, daß jedenfalls die Einigung nach § 873 zwei verschiedene Personen voraussetzt.

Ebenso ist die Meinung abzulehnen, der bei einer Eigentümergrunddienstbarkeit in Erscheinung tretende Eigentümer könne eine Einigung deshalb mit sich selbst vornehmen, weil er der Repräsentant zweier Grundstücke und ihrer verschiedenen Interessen sei und daher nur gewissermaßen zufällig in sich zwei Persönlichkeiten vereinige, die sich alsbald wieder trennen könnten.[39] In dieser Auffassung liegt zweifellos etwas Richtiges. Sie nähert sich bereits den weiter oben wiedergegebenen neuen Gedanken des Reichsgerichts von der Selbständigkeit der Rechtsverhältnisse zweier Grundstücke. Die aus ihr gezogene Schlußfolgerung aber, daß man eine Einigung gemäß § 873 mit sich selbst vornehmen könnte, ist mit dieser Vorschrift unvereinbar.

Nach alledem also ist daran festzuhalten, daß die Einigung das Vorhandensein zweier verschiedener Personen erfordert. Infolgedessen kann § 873 bei der Eigentümergrunddienstbarkeit, wo nur eine Person beteiligt ist, insoweit nicht erfüllt werden.

b) Anwendbarkeit des § 873 trotz Unmöglichkeit der Einigung.

Diese Feststellung darf jedoch nicht Veranlassung geben, § 873 nunmehr überhaupt für unanwendbar zu erklären, wenn es sich um die Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts an eigener Sache handelt. Man hat allerdings behauptet, § 873 wolle nur Fälle betreffen, in denen zwei Personen beteiligt seien. Man hat dies einmal daraus herzuleiten versucht, daß schon die Übertragung des Eigentums oder eines Grundstücksrechtes, von denen § 873 zuerst spreche, nur bei Vorhandensein zweier Beteiligten denkbar sei. Wenn das Gesetz von seinen grundsätzlichen Erfordernissen Ausnahmen zulasse, so meine es damit nur Fälle, wo trotz Anwesenheit zweier

---

37. In diesem Sinne haben sich RGZ. 47, 202 und KGJ. 20, 294 auf § 181 BGB bezogen.

38. So Wrobbel a. a. O. S. 20 ff.

39. So Mitteis, Sachenrecht, § 64 I 3 a; Kohler, Bürgerliches Recht, Bd. 1 S. 314 f.

Personen Einigung oder Eintragung nicht vorzuliegen brauchten (z. B. Abtretung einer Hypothek ohne Eintragung gemäß § 1154 BGB).[40] Diese Auffassung ist unhaltbar. Es trifft zwar zu, daß die Übertragung eines Grundstücksrechts nur zwischen zwei Personen stattfinden kann, für seine Bestellung jedoch besteht eine derartige Begriffsnotwendigkeit nicht, nachdem die beschränkten dinglichen Rechte, wie weiter oben dargestellt wurde, in vollem Umfange auch am eigenen Grundstück vorkommen können. Insbesondere aber hat man darauf hingewiesen, daß der Zweck, den § 873 im Auge habe, daß nämlich niemand ohne seinen Willen ein Recht an seinem Grundstück erwerben soll,[41] bei Bestellung eines Rechtes an eigener Sache überhaupt nicht praktisch werde. Denn hier liege in der einseitigen Erklärung dessen, der sein Grundstück belastet, zugleich die Zustimmung zum Rechtserwerb.[42] Das ist ohne Zweifel richtig. Nur darf man auch daraus nicht die Folgerung ziehen, daß § 873 unanwendbar sei, wenn die Bestellung eines Rechts am eigenen Grundstück in Betracht kommt. Denn dabei würde man übersehen, daß § 873 ganz allgemein die Vorschrift ist, die den Weg zur Begründung dinglicher Rechte festlegt und hierfür gewisse Grundsätze aufstellt, die aber andererseits auch mit dem Satz: „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt" aus sich heraus alle Möglichkeiten für Ausnahmen offen läßt, die sich anderweitig ergeben sollten. Es steht also, wenn es sich um die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit handelt, nicht in Frage, ob § 873 überhaupt zur Anwendung kommt, sondern ob, nachdem das Erfordernis der Einigung nicht erfüllt werden kann, eine der in dieser Vorschrift vorgesehenen Ausnahmen gegeben ist.

c) Die Möglichkeit von Ausnahmen von dem Erfordernis der Einigung.

Eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, die die Begründung einer Eigentümergrunddienstbarkeit durch einseitige Erklärung zuließe, gibt es, wie schon hervorgehoben, nicht. Es bleibt daher nur zu prüfen, ob hier auf Grund allgemeiner Rechtserwägungen eine Ausnahme von dem Erfordernis der Einigung zu machen ist. Dabei wird man allerdings nicht so weit gehen und unter Hinweis auf

40. So KGJ. 40, 244.
41. Vgl. Motive 3, 160.
42. Vgl. Wrobbel a. a. O. S. 12 f.

die schon erwähnte Tatsache, daß der Zweck des § 873 bei Begründung eines Eigentümerrechts bereits durch einseitige Erklärung erfüllt ist, annehmen dürfen, daß alle Rechte am eigenen Grundstück auf diese Weise bestellt werden könnten. Eine solche Auffassung stände mit dem Gesetz nicht in Einklang.[43] Vielmehr zeigt sich im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 1188, 1195 und 1196 BGB, die in besonderen Fällen die einseitige Belastungserklärung genügen lassen, daß diese allgemein nicht als ausreichend anerkannt ist. Daß die Errichtung dinglicher Rechte am eigenen Grundstück unbeschränkt möglich sein soll, läßt sich aus dem Gesetz nicht entnehmen. Dagegen wird man eine Ausnahme von dem Erfordernis der Einigung ohne Rechtsirrtum dann als gerechtfertigt ansehen, wenn man sie auf Grund des Gesetzes aus dem Wesen des Rechts selbst, das begründet werden soll, herleiten kann. Das trifft für die Eigentümergrunddienstbarkeit zu.

d) Ausreichen einseitiger Belastungserklärung bei der Eigentümergrunddienstbarkeit.

Wie schon mehrfach hervorgehoben, ist von besonderer Bedeutung, daß es sich bei der Grunddienstbarkeit um ein subjektiv dingliches Recht handelt. Indem sie eine Grundstücksbelastung zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks ist, dem Berechtigten also in seiner Beziehung zu einem bestimmten Grundstück zusteht, dem sie zum Vorteil gereichen soll, erscheint bei ihr die Regelung der Beziehungen zwischen herrschendem und dienendem Grundstück als das Wesentliche, wogegen die Eigentumsverhältnisse an diesen beiden in den Hintergrund treten. Mit Recht weist das Reichsgericht in diesem Zusammenhang darauf hin, daß § 1018 BGB von dem „jeweiligen" Eigentümer spricht. Damit gibt das Gesetz selbst zu erkennen, daß es die Eigentumslage am herrschenden und dienenden Grundstück als etwas Veränderliches und daher in ihrem augenblicklichen Zustande Zufälliges ansieht. Wenn das aber die Auffassung des Gesetzes ist, kann es andererseits nicht in seinem Sinne liegen, anzunehmen, daß ein so betrachtet zufälliges Zusamentreffen des Eigentums an den beiden Grundstücken die Regelung nützlicher Beziehungen zwischen ihnen unmöglich machen soll. Diese darf vielmehr auch bei derartiger Einheitlichkeit des Eigentums nicht ausgeschlossen sein.

43. Vgl. auch hierzu RGZ. 142, 231.

Infolgedessen ergibt sich die Notwendigkeit, und zwar aus der Natur der Grunddienstbarkeit, wie sie im Gesetz zutage tritt, ihre Begründung auch am eigenen Grundstück zuzulassen und hierfür die einseitige Belastungserklärung des einen beteiligten Eigentümers als ausreichend anzusehen. Danach ist hier, zwar nicht nach einer ausdrücklichen Bestimmung, wohl aber auf Grund richtiger Anwendung des Gesetzes, eine der in § 873 Abs. 1 BGB offen gelassenen Ausnahmen von dem grundsätzlichen Erfordernis der Einigung gegeben. In dieser Weise bietet das BGB einen Weg zur unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten.

2. *Analogie zu § 1196 BGB.*

Angesichts dieses Ergebnisses ist es nicht nötig, zur Erreichung desselben Zieles den anderen weiter oben gekennzeichneten Weg einer Analogie zu § 1196 BGB zu versuchen. Hiergegen dürften übrigens auch gewisse Bedenken bestehen. Es wird gewöhnlich angenommen, § 1196 BGB ließe erkennen, daß das Gesetz die Bestellung von dinglichen Rechten am eigenen Grundstück durch einseitige Erklärung immer dann zulassen wollte, wenn ein schutzwürdiges Interesse vorläge.[44] Ob das zutrifft, ist jedoch zweifelhaft. Denn § 1196 BGB hatte, wie die Motive ergeben,[45] ein ganz bestimmtes Verkehrsbedürfnis im Auge, wenn er die Begründung einer Eigentümergrundschuld zuließ. Er wollte dem Grundeigentümer die Möglichkeit geben, sich Rangstellen seines Grundstücks für spätere Beleihung offen zu halten. Unter diesen Umständen den Grundgedanken dieser Vorschrift darin zu sehen, daß man beim Vorliegen irgend eines wirtschaftlichen Bedürfnisses jedes dingliche Recht am eigenen Grundstück bestellen kann, erscheint nicht unbedenklich. Ferner ist zu erwägen: Bei der Eigentümergrundschuld ist ein stets einheitliches Interesse als vorhanden anzusehen, nämlich die möglichste Ausnutzung des Realkredits. Bei der Eigentümergrunddienstbarkeit dagegen liegt ein solches nicht vor. Für ihre Begründung ist, wie weiter oben dargestellt, bald dieses, bald jenes Bedürfnis maßgebend. Infolgedessen müßte hier in jedem einzelnen Fall geprüft werden, ob es wirklich angebracht ist, eine Analogie zu § 1196 BGB zu ziehen.[46] Das wäre ein sehr unbefriedigendes Ergebnis. Dann müßte schließlich das Grund-

44. Vgl. insbesondere Wrobbel a. a. O. S. 40 ff.
45. Motive 3 S. 792.
46. Das denkt sich offenbar auch Wrobbel a. a. O.

buchamt jedesmal prüfen, ob die Bestellung einer Grunddienstbarkeit sachlich-rechtlich zulässig ist.

Auf Grund dieser Erwägungen erscheint die Entscheidung, die weiter oben im Anschluß an das Reichsgericht entwickelt worden ist, als die allein mögliche und zutreffende.

C. Ergebnis: Zulässigkeit der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten.

Insgesamt ergibt sich nach alledem:

Das BGB anerkennt grundsätzlich die Eigentümergrunddienstbarkeit. Es lässt ihre Entstehung zu bei Vereinigung des Eigentums am herrschenden und dienenden Grundstück und es bietet einen Weg auch für ihre unmittelbare Bestellung.

VIII. Der Inhalt der Eigentümergrunddienstbarkeit als eines beschränkten dinglichen Rechts an eigener Sache nach dem Recht des BGB.

1. Die Fragestellung.

Nunmehr bleibt noch übrig, entsprechend dem, was anfangs in der Einführung gesagt wurde, die rechtliche Natur der Eigentümergrunddienstbarkeit als eines beschränkten dinglichen Rechts an eigener Sache im Rahmen der Rechtsordnung des BGB aufzuzeigen. Dabei wird man sich wiederum die zu Beginn dieser Ausführungen hervorgehobene Wechselbeziehung zwischen Eigentum und beschränktem Sachenrecht vor Augen halten. Anders als im römischen und alten deutschen Recht wird man jedoch nicht vom Begriff des Eigentums ausgehend die Zulässigkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit zu prüfen haben, sondern es wird jetzt unter Zugrundelegung der Tatsache, dass sie im BGB anerkannt ist, darauf ankommen, ihre Stellung im Verhältnis zum Eigentum zu untersuchen.

2. Eigentum und beschränktes dingliches Recht an eigener Sache.

Der Begriff des Eigentums läßt sich nach drei Richtungen hin bestimmen:[47]

a) Die funktionelle Bestimmung des Eigentums.

Zunächst kann man die persönliche Beziehung des Eigentümers zu der von ihm innegehaltenen Sache in den Mittelpunkt der Be-

47. Vgl. zum folgenden die maßgebenden Ausführungen bei Huber a. a. O. S. 25 ff.

trachtung stellen und sich damit begnügen, diesen tatsächlichen Zustand zu umschreiben. Dabei geht man davon aus, dass das Eigentum lediglich eine tatsächliche Erscheinung, aber kein Rechtsverhältnis sei. Denn es mangele bei ihm an einem verpflichteten Subjekt. Die Gesamtheit der Dritten komme dafür nicht in Betracht, und ebenso wenig sei es möglich, den Eigentümer als sich selbst verpflichtet aufzufassen.

Von diesem Standpunkt aus, der den Eigentümer lediglich in einer persönlichen Beziehung zu seiner Sache sieht, lassen sich Eigentümerrechte, insbesondere also beschränkte dingliche Rechte an eigener Sache, überhaupt nicht erklären. Schon danach kann diese Eigentumsauffassung auch nicht die des BGB sein.

b) Die quantitative und qualitative Bestimmung.

Zwei weitere Gruppen von Begriffsbestimmungen sehen das Eigentum als dingliches Recht an. Sie setzen den von der vorstehend beschriebenen Auffassung zum Inhalt des Eigentums erhobenen Zustand voraus und prüfen die Wirkung des Eigentums in der Rechtsordnung, die Stellung des Eigentümers gegenüber den anderen Rechtsgenossen. Dabei zeigt sich, dass das Eigentum ein Recht von höchster Fülle, ein oberstes Recht ist. Im Hinblick hierauf lässt es sich nach zwei Richtungen hin bestimmen:

Einmal kann man in ihm die Summe aller an einer Sache möglichen Befugnisse erblicken. Dann ist es die Quantität des Eigentumsverhältnisses, die sein Wesen ausmacht. Zum andern kann man das Entscheidende in der Eigenart der durch das Eigentum begründeten Sachherrschaft sehen. Dann ist es die Qualität des Eigentumsverhältnisses, die seinen Inhalt bestimmt.

Bei beiden letztgenannten Auffassungen erscheint es möglich, dass der Eigentümer neben dem Eigentum ein beschränktes dingliches Recht an der eigenen Sache hat. Denn es ist durchaus denkbar, dass er auf Grund der Tatsache, dass ihm die Summe aller Befugnisse oder die höchste Gewalt an der Sache zustehen, eine einzelne Herrschaftsmöglichkeit über sie zu einem selbständigen Recht erhebt.

3. Die Eigentumsauffassung des BGB.

Wenn man aber fragt, welche dieser beiden Eigentumsauffassungen diejenige des BGB ist, so wird man noch folgendes bedenken müssen:

Bei der quantitativen Bestimmung des Eigentumsbegriffs kann das Recht an der eigenen Sache immer nur als ein Teil der im Eigentum zusammengefaßten Summe aller Sachherrschaftsbefugnisse gedacht werden. Es dürfte hiernach also dem Eigentümer nicht mehr gewähren, als ihm schon ohnehin auf Grund seines Eigentums zustände. Nun sind aber die vom BGB anerkannten Rechte an eigener Sache, wie weiter oben dargestellt, beschränkte dingliche Rechte mit voller Wirksamkeit. Sie können infolgedessen dem Eigentümer unter Umständen mehr gewähren als das Eigentum allein.[48] Z. B. versetzen sie ihn im Falle der Zwangsversteigerung seines Grundstücks durch einen nachstehenden Hypothekar in die Lage, Befugnisse auszuüben, die er nur als Eigentümer nicht gehabt hätte. Daraus folgt, daß die quantitative Eigentumsauffassung, die das Recht an eigener Sache nur als Teil des Eigentums erscheinen läßt, nicht der Sachenrechtsordnung des BGB entsprechen kann. Vielmehr erscheint es zutreffend, die qualitative Begriffsbestimmung des Eigentums als für das BGB maßgeblich anzusehen.[49]

4. Die Eigentümergrunddienstbarkeit als dingliches Recht eigener Art.

Danach ergibt sich für das Verhältnis zwischen Eigentum und beschränktem dinglichen Recht an eigener Sache folgendes: Das Wesen des Eigentums besteht in der Eigenart der in ihm liegenden höchsten Herrschaftsmacht.[50] Diese äußert sich darin, daß der Eigentümer mit den ihm zustehenden Befugnissen, soweit Recht und Ordnung es gestatten, nach jeder Richtung hin verfahren, sie schmälern und erweitern kann. Jenes tut er, wenn er anderen beschränkte Rechte an seiner Sache einräumt, dieses, wenn er sich selbst solche bestellt. Denn hiermit vermehrt er, wie gezeigt, seine Herrschaftsmöglichkeiten. Seine Stellung als Eigentümer, als des höchsten Gewalthabers über die Sache, bleibt dabei stets unver-

48. Insoweit übereinstimmend Puntschart a. a. O. S. 141.

49. Hier allerdings anderer Ansicht Huber a. a. O. S. 31, der sich aber wohl nicht ganz zutreffend allein auf den Wortlaut des § 903 BGB stützt; mit dieser Vorschrift wollte das BGB keine Definition des Eigentums geben. Vgl. Staudinger, BGB, § 903 I. Siehe auch Windscheid, Pand., Bd. 1 § 145.

50. Dies berührt übrigens nicht die jüngst stark in den Vordergrund getretene Frage der sozialen Gebundenheit des Eigentums; vgl. Frank, Nat.-soz. Handbuch S. 947 f.

ändert. Betrachtet man nach dieser Kennzeichnung des Eigentums das beschränkte dingliche Recht an eigener Sache, so kann man feststellen, daß es weder ein abgezweigter Eigentumsteil noch notwendig von Eigentumsinhalt erfüllt ist, sondern ein selbständiges Rechtsgebilde darstellt. Es entspringt zwar der Sphäre des Eigentums, sein Inhalt aber braucht sich nicht mit einer der im Eigentum enthaltenen Befugnisse zu decken. Das beschränkte dingliche Recht an eigener Sache und damit als solches auch die Eigentümergrunddienstbarkeit erweist sich also nicht als ein verselbständigtes Stück Eigentum, nicht als ein Eigentumssplitter,[51] sondern als ein dingliches Recht eigener Art.[52]

In dieser Weise läßt sich die Eigentümergrunddienstbarkeit in die Sachenrechtsordnung des BGB einfügen. Damit ist ihr Bild, wie es sich im geltenden Rechte darstellt, geschlossen.

---

51. So M. Wolff, Sachenrecht, § 147 I 1.

52. Uebereinstimmend: Huber a. a. O. S. 46; vgl. ferner Planck BGB § 889, 2; Rosenberg Sachenrecht: § 889 II 3.

Schlußbemerkungen:

Gesetz und Recht.

Gegen die Zulassung der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten, wie sie hier dargestellt worden ist, könnte man ein Bedenken geltend machen. Man könnte sagen, der Gesetzgeber habe sie, wie aus den Motiven zu erkenen sei,[1] ausdrücklich für rechtlich bedenklich erklärt. Sie stehe daher in Wahrheit mit dem Gesetz nicht in Einklang.

Diese Bedenken werden sich jedoch zerstreuen, wenn man folgendes in Erwägung zieht:

Nachdem der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten zunächst, insbesondere durch die ablehnende Haltung der Rechtsprechung, ein Riegel vorgeschoben war, andererseits aber, wie dargelegt, ein erhebliches Bedürfnis nach ihrer Zulassung bestand, war man auf einen Ausweg verfallen.[2] Der Eigentümer zweier Grundstücke, der an dem einen zugunsten des anderen eine Grunddienstbarkeit haben wollte, übertrug das eine an einen Dritten, einigte sich mit diesem über die Entstehung der gewünschten Grunddienstbarkeit und bewirkte ihre Eintragung im Grundbuch. Um möglichst an Kosten zu sparen, begnügte er sich sogar damit, dem Dritten nur einen Teil seines einen Grundstücks, etwa ein Tausendstel, zu Miteigentum zu übertragen. Denn auch in diesem Fall stand der Bestellung der Grunddienstbarkeit gemäß § 1009 BGB nichts im Wege. Dann übertrug der Dritte das Grundstück oder den Miteigentumsanteil zurück, nachdem man sich, um ganz vorsichtig zu sein, den Anspruch hierauf schon durch Vormerkung gesichert hatte. Damit war der Eigentümer in seinen früheren Besitzstand zurückgelangt. Außerdem aber blieb jetzt die einmal bestellte Grunddienstbarkeit gemäß § 889 BGB bestehen und erschien

1. Vgl. oben Seite 27.
2. Siehe Junker a. a. O. S. 81 f.; auch Schubert in DNotZ. 1913, 587.

nunmehr als beschränktes dingliches Recht an eigener Sache. Das anscheinend Unmögliche war also doch erreicht: Der Eigentümer hatte sich, wenn auch auf einem Umweg, seine Eigentümergrunddienstbarkeit verschafft. So lehnte man die unmittelbare Bestellung des Rechtes ab, bediente sich aber der mittelbaren.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß ein derartiges Verfahren schärfste Zurückweisung verdient.[3] Nach dem Buchstaben des Gesetzes freilich ist dagegen nichts einzuwenden. Einem gesunden Rechtsempfinden aber entspricht es nicht. Diesem erscheint es unmöglich, die Begründung eines Rechts erst aus formalen Bedenken für unzulässig zu erklären, und dann auf einem nicht weniger formalen Umwege doch zu gestatten. Wer hier also nur dem Buchstaben des Gesetzes folgt, geht in die Irre. Es gilt, tiefer in das einzudringen, was rechtens ist. Nur ein Weg kann richtig sein: Ueber den Paragraphen hinaus die in Betracht kommenden Grundbegriffe der Rechtsordnung heranzuziehen, auf denen das Gesetz beruht. Aus diesen heraus ist aber in den vorstehenden Erörterungen die Zulässigkeit der unmittelbaren Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten begründet worden. Sie steht infolgedessen mit dem Gesetz sehr wohl in Einklang.

Nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern das Recht, das in ihm liegt, muß oberste Richtschnur sein. Das ist der Gedanke, der gerade gegenwärtig wieder Geltung hat und auch in der weiter oben besprochenen, für die Eigentümergrunddienstbarkeit eintretenden Entscheidung des Reichsgerichts zum Ausdruck kommt.

Das Recht aber unterliegt der Weiterentwicklung. Hierbei mitzuwirken, muß Aufgabe der Rechtswissenschaft sein. Ihr kommt es zu, in historischer und systematischer Untersuchung die Rechtsfortbildung zu fördern und zu lenken. Was im Leben des Volkes als recht erfunden, wird sie zur Rechtsordnung verarbeiten, und was sie so gestaltet, wird sie weitergeben an den Gesetzgeber, damit er es in praktische Richtsätze faßt. Mögen die vorliegenden Ausführungen in diesem Sinne als ein bescheidenes Beispiel aufgenommen werden.

---

3. Eine solche hat ihm Hedemann in BürgA. 31, 406 ff. erteilt.